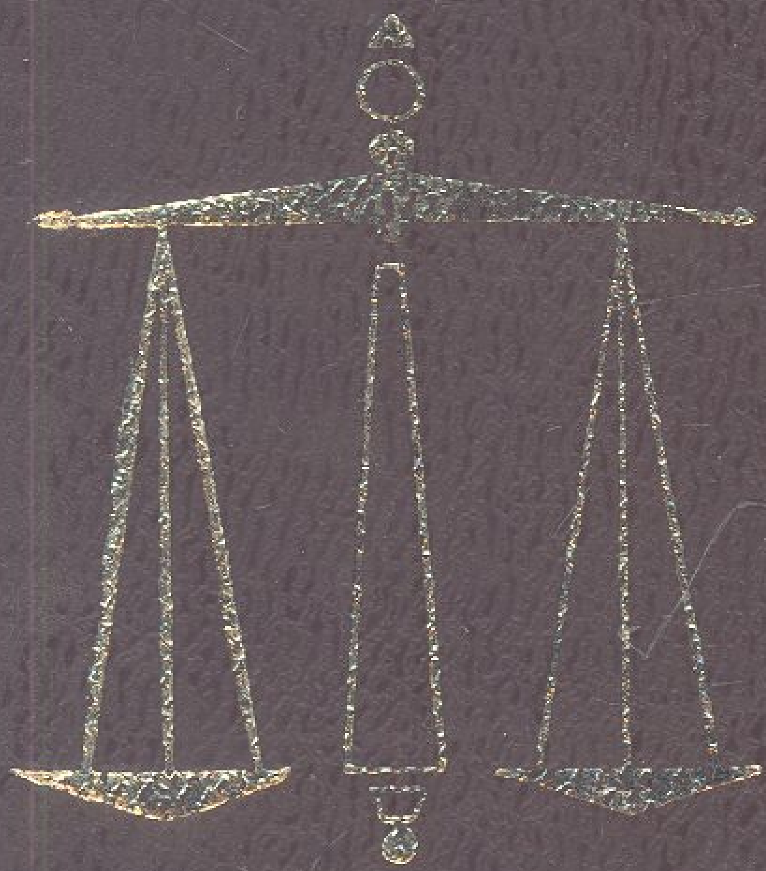
نادي القضاة

الوسيط في شرح القانون المدني

الجزء الرابع

البيع والمقايضة



تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

١٩٨٦

الوسيط

في شرح القانون المدني

الجزء الرابع

العقود التي تقع على الملكية

البيع

والمقايضة

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومية من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية

قام بتنقيحها واضافة ماجد من قضاء وفقه وتشريع

المستشار

مصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة استئناف القاهرة
ونائب رئيس محكمة النقض سابقا

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

١٩٨٦م

تقديم الطبعة الثانية

شرفنى استاذى الفاضل وأبى الروحى المرحوم الأستاذ الدكتــور عبد الرزاق احمد السنهورى بأن اسند لى مهمة تنقيح واصدار أجزاء مؤلفة ((الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد)) وتدعيمه باحدث مــا صدر من احكام القضاء وما نشر من ابحاث الفقهاء ، حتى يظل هـــذا المرجع الشامخ محتفظا بشبابه ومكانته الرفيعة فى المكتبة القانونيــة •

وقد وفقنى الله الى القيام باداء جزء من هذه المهمة وتم تنقيح واصدار الطبعات المنقحة للاجزاء الثلاثة الاولى من كتاب الوســيط ، والآن أتقدم الى الزملاء الافاضل رجال القانون فى جمهورية مصر العربية وسائر الدول العربية بالطبعة الثانية المنقحة من الجزء الرابــع مــن كتاب الوسيط الذى يعالج احكام عقدى البيع والمقايضة •

وأرجو ان اكون قد أوفيت بعهدى الذى قطعته على نفسى وأديت الرسالة التى شرفنى بها استاذى الجليل ، والله ولى التوفيق •

مصطفى محمد الفقى

تمهيـــد

العقـود المسـماة

وتقسيماتها المختلفة

(أ)

العقـود المسـماة

١ ـ **المقصود بالعقود المسماة** : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام فى الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننتقل فى الأجزاء الثلاثة التالية الى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقا مفصلا على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد عنى المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثانى من القسم الأول من التقنين المدنى تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثانى الكتاب الاول الذى خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول فى الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والايجار والمقاولة والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيما مفصلا لما لها من أهمية بالغة فى ميادين التعامل والنشاط الاقتصادى .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فى القانون

الرومانى يقوم على أساس آخر غير الأساس الذى يقوم عليه هـذا التمييز فى القانون الحديث •

٢ ـ التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فى القانون الرومانى : بدأت العقود فى القانون الرومانى تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة • ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، اذ دعت الحاجة الى كثرة التبادل ووجوب السرعة فى المعاملات • واقترن ذلك بتقدم فى التفكير القانونى ، فظهر الى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية (القرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقـــود الرضائية (البيـع والايجار والشركة والوكـالة) والعقـود غـير المسـماة • والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القـانون الرومـانى تدرجـــا وبعـد تطور طويل ، وهى عقود لا تتم الا اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فاذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبـه التزام فى جانب الطرف الاخر بأن يقوم هو أيضا بتنفيذ ما اتفق عليـه مع الطرف الأول (٢) •

---

(١) والعقود الشكلية فى القانون الرومانى هى عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسبيكة والميزان ، والعقد الكتابى (litteris) ، والعقد اللفظى (verbis stipula tio) .

(٢) أنظر فى منشأ هذه العقود جيرار ص ٥٩٨ وما بعدها • ولم تكن هذه الاتفاقات فى الاصل عقودا ، فكان اذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الاخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، اذ لم يوجد عقد ينشىء هذا الالتزام • ولم يكن أمام الطرف الاول الا أن يلجـــأ الى دعوى الاثراء بلا سبب اذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يســتوف مقابلة • ثم ان لابيون (Labéon) الفقيه الرومانى المعروف ادخل فى القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاها للدائن اذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها • وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها الى منطقة الاتفاقات • فكانت تعطى فى بعض اتفاقيات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الاخـر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى ان يطالب الطرف الاخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه • فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الاثراء بلا سبب • على أن تعميم هذه الدعوى فى جميع الاتفاقات التى يقوم فيها احد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت الا متأخرا فى عهد جوستنيان ، كما ثبت ذلك من الابحاث الاخيرة فى القانون الرومانى (أنظر نظرية العقـد للمؤلف ص ١٢٠ هامش رقم ٣) •

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساما أربعة : (القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عينى ، فيتولد فى جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عينى كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio). (والقسم الثانى) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عينى ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض (sub modo). (والقسم الثالث) عقود يقوم فيهـا أحـد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص شيئا لآخر فيلتزم الآخر برده عند أو طلب • (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عينى (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر اذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه والا رد البضاعة الى صاحبها • ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون تارة عملا مقابل نقل حق عينى (facion ut des) وطورا عملا فى مقابل عمل (facio ut facias) وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (praescriptio verbis) لما رأوه عقدا يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) •

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود فى القانون الرومانى بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فان أغلب هذه العقود كان معروفا بالاسم • ولكنها دعيت كذلك لأنها لا تدخل فى نوع من أنواع العقود المسماة التى اعترف بها القانون الرومانى : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية • ونرى أيضا أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبيرة فى القانون الرومانى ، لأن العقد غير المسمى - خلافا للعقد المسمى - كان لا يتم الا اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه

---

(١) جيرار ص ٦٠٦ •

مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك • فهى عقود قريبة من العقود العينية التى لا تتم الا بالتسليم (١) •

٣ — التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فى القانون الحديث : أما فى القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضى المتعاقدين الا فى العقود الشكلية وما بقى من العقود العينية • واذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم « العقود المسماة » ، فليس ذلك كما قدمنا الا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيما خاصا ، نظرا لكثرة تداولها فى العمل الى حد أن أصبحت قواعدها راسية مستقرة •

وسنرى ما هى العقود المسماة التى نظمها التقنين المدنى • ونبادر هنا الى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن الى زمن بحسب ما يألفه الناس فى التعامل • فالقود المسماة فى هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة فى عصر سابق أو عصر لاحق ، اذ تظهر عقود جديدة وتختفى عقود قديمة ، ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقودا أخذ شأنها يتعاظم فى مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد الى المرتبة التى تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنينات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود • فقد كان التقنين المدنى السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والايراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم هذا كله التقنين المدنى الجديد (٢) • ولم ينظم التقنين المدنى الجديد عقود النشر (٣) والنزول فى الفندق والنقل والأعمال العامة

---

(١) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٢٤ .

(٢) واغفل فى الوقت ذاته تنظيم عقد الغاروقة الذى كان التقنين المدنى السابق ينظمه ، بعد أن الغى نظام الاراضى الخراجية وهو النظام الذى كان عقد الغاروقة يقوم عليه •

(٣) وان كان المشرع المصرى قد تناول فى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل الذى ينظمها عقد النشر •

والتوريد ، مع أن هذه عقود تتزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنينات الأجنبية بعض هذه العقود (١) .

أما العقود غير المسماة — وهى التى يتولى المشرع تنظيمها — فانها تخضع فى أحكامها للقواعد العامة فى نظرية العقد ، شأنها فى ذلك شأن العقود المسماة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (م١٢٧) يشتمل على نص فى هذا المعنى يجرى على الوجه الآتى :

« ١ — تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل .

٢ — أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة اليه (٢) .

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثا يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التى يستلزمها هذا العمل فى نظير جزء من هذا الميراث يأخذه اذا وفق فى عمله (٣) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثانى شيئا على أن يعطى الأول للثانى بعد البيع مبلغا معينا ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٤) . وعقد المحاسبة الذى أشرنا الى وجوده فى القانون الرومانى هو أيضا عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٥) .

---

(١) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسرى فقد ظم عقد النشر .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .

(٣) ويعرف هذا العقد فى القانون الفرنسى بعقد الكشف عن الارث (contrat de révélation de succession) : بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩ .

(٤) دوما فى القوانين المدنية القسم الاول الباب الاول الفصل الاول فقرة ٧ .

(٥) ديوج ٢ فقرة ٩١٧ — وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان العقد =

وتكييف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون فى بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التى يستعملها المتعاقدان اذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذى سمياه ، فقد يكونان مخطئين فى التكييف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقى تحت اسم العقد الظاهر كما فى الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع (١) .

= مستملا على التزامات متبادله بين طرفيه ، اذ التزم أحدهما أن يملك الاخر (مجلس مديريه المنيا) قطعة ارض بشرط ان يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فانه لا يكون عقد تبرع ، كما انه ليس ببيع ولا معاوضة . وانما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد فى الاتفاق من الفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فان كل هذه الالفاظ انما سيقت لبيان الباعث الذى حدا بصاحب الارض الى تمليك المجلس اياها ، فهى لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الاستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أمثلة على عقود غير مسماة منها : ١ - اتفقت ادارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عددا من الاسره تستخدم لاغراض التعليم الطبى ، ولم يحدد اجل لذلك . فقضت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس ايجارا ولا بيعا ولا عقدا مقررا لحق ارتفاق ، وانما هو عقد غير مسمى (دويه الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . ٢ - اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو ايجار عمل لانه لم يتفق فيه على اجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٣ هامش رقم ٤) .

(١) والتكييف يسبقه تفسير ارادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فاذا استخلص قاضى الموضوع ارادة المتعاقدين ، أنزل عليها حكم القانون لتكييف العقد والكشف عن ماهيته . والتكييف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهى تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تتقيد المحكمة بتكييف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكييف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكييف فى ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائيا ولا تطلب عليها دليلا . واذا تعمد المتعاقدان أن يكيفا العقد تكييفا غير صحيح ، فان التكييف غير الصحيح فى هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما - كما ذكر الاستاذ اسماعيل غانم فى مذكراته غير المطبوعة فى البيع ص ٧ - أن الصورية تنطوى على تصرف ظاهر يخفى وضعا حقيقيا ، والاصل الاخذ بالتصرف الظاهر الا اذا اثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقى ، فعلى هذا اذن يقع عبء الاثبات . =

على أن العقد — مسمى أو غير مسمى — قد يكون بسيطا ، اذا لم يكن مزيجا من عقود متنوعه . كالبيع والايجار . فاذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا واحدا ، سمى عقدا

= اما التكييف غير الصحيح فلا ينطوى الا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكييفا خاطئا ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكييف من تلقاء نفسها دون حاجة الى أن تلقى عبء الاثبات على احد المتعاقدين ، بل دون حاجة الى طلب الاثبات من أحد .

وقد يعمد المتعاقدان ان يكيفا التصرف تكييفا غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضى يصحح هذا التكييف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الاستاذ اسماعيل غانم (مذكراته غير المطبوعة فى البيع ص ٧ — ص ١٠) الى ان التحايل على القانون لا يقتضى حتما أن يكون تكييف العقد تكييفا غير صحيح ، فقد يكيف المتعاقدان تكييفا صحيحا وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فاذا اراد شخص أن يعطى اخر اكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو اذا عمد الى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض اذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعمد الى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك فى الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال ان المتصرف أراد الوصية وكيفها بانها هبة ، بل هو اراد الهبة حقا وتجرد عن ملك الرقبة فى الحال مستبقيا لنفسه حق الانتفاع . فالتكييف هنا تكييف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فيبقى التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف الا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك اعمالا للتكييف الحقيقى ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه الا فى ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجرى القضاء فى مصر على هذا الرأى . فهو اذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة فى الحال واصفا التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف الى ثلث التركة الا اذا كشف أن تكييف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية — أى عدم التجرد عن الملك الا بعد الموت — وكيفها هبة أو بيعا .

هذا وانظر فى أن التكييف يفترض العلم ابتداء بماهية العقود المختلفة ، ثم تفسير ارادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من العقود يمكن وصف الرابطة التعاقدية أى تكييفها ، الى الاستاذ منصور مصطفى منصور فى البيع والمقايضة والايجار فقرة ٦ — وأنظر فى مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور احمد زكى الشيتى بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

مختلطـــا (mixte, complexe) ، كما فى العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد ايجـــار بالنسبة الى المسكن ، وبيع بالنسبة الى المأكل ، وعمــل بالنسبة الـــى الخدمة ، ووديعة بالنسبة الى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد ايجار بالنسبة الى المقعد ، وعمل بالنسبة الى وسائل التسلية التى تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : ١ ـ عدة عقود تمتزج فى عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى ادارتها ويكون وكيلا عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحرى يعقبه عقد نقل برى أو ايجار يقترن بوعد بالبيع ٢ ـ اضافة شرط الى العقد ليس من مقتضياته كما اذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحــق بعقـــد النقـــل شرط للتخزين . ٣ ـ الجمع بين عناصر متفرقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذى يجمع بين الايجار والبيع (location-vente) ، وكالوديعـــة فى المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١) .

وليست هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعـــا بالعقد المختلط ، فان هذا العقد انما تطبق فيه أحكام العقود المختلطـــة التى يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد فى بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك اذا تنافرت الأحكام التى تطبق فى كل عقد من العقود التى يتكون منها ، ففى هـــذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسى وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الايجار، ولكن القضاء (٢) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى اعادة وضع اليـــد التى رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة (٣) .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٥ هامش رقم ١ .
(٢) مصر الكلية ٣ اكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .
(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٣٠ .

٤ ــ الاغراض المختلفة التى يتوخاها المشرع فى تنظيم العقــود المسماة : والعقود المسماة تخضع هى أيضا للقواعد العامة فى نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يشتمل على نص فى هــذا المعنى (١) • ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وايراد نصوص خاصة فى شأنها ، توخيا لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ ــ لما كانت العقود المسماة هى من أكثر العقود شيوعا فى التعامل ، وقد أعان شيوعها على ارساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فان المشرع أراد بتنظيم العقد المسمى أن يعبد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة فى تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، اذ تنبه المشرع لأكثر مــا يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاما نموذجية هى نتاج خبرة القرون الطويلة • ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما • على أن المشرع فى تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الارادة ولا حرية المتعاقدين فى تنظيم تعاملهما على الوجه الذى يؤثرانه • فلو أنهما فى بعض المسائل التى نظمهــا المشرع يريدان حلولا أخرى غير تلك التى وضعت ، وكانت هذه المســائل ليست من النظام العام ، فانهما يستطيعان أن ينسخا الحلول التى وضعهــا المشرع ، وليس عليهما فى ذلك الا أن يضعا الحلول التى اختارها فتكون هى المعمول بها دون الحلول التى وضعها المشرع •

٢ ــ والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات كثيرا ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيهــا الأنظــار • فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالا للاضطراب والبلبلة • والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منهــا ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعة الهلاك •

---

(١) هو نص المادة ١٢٧ من هذا المشروع : انظر آنفا فقرة ٣ .

٣ ـ على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة فى العقود المسماة ، فهو فى بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع الى العقد المسمى الذى يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام • فايراد نصوص على هذا النحو يصبح اذن أمرا ضروريا ، اذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافا بينا عن تلك التى تستنبط من القواعد العامة • نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة فى الحقوق المتنازع فيها ، وفى بيع المريض مرض الموت ، وفى بيع ملك الغير ، وفى كثير من نصوص عقد العمل وفى الرجوع فى الهبة ، وفى الغلط فى الصلح ، وفى التزام المرافق العامة ، وفى تعديل الأجرة فى عقد الوكالة ، وفى التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير نراه منتثرا فى نواح متفرقة من العقود المسماة •

٤ ـ وقد يعمد المشرع أخيرا ، فى تنظيم العقد المسمى ، الى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتجددة • فعل ذلك فى تحريم الرهن الذى يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفى تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفى تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة فى العين المؤجرة ، وفى تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الايجار بعقد البيع •

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التى تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية • ففى المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التى أوردها المشرع فى هذا العقد المسمى بالذات • فاذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة فى النظرية العامة للعقد أى تطبيق القواعد العامة • وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه • ويغلب أن تغطى النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمى ، فلا يبقى بعد ذلك الا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية •

(٢)

التقسيمات المختلفة للعقود المسماة

٥ ـ محاولة فقهية لحصر العقود المسماة وغير المسماة :
ذهب بلانيول [١] الى أن العقود جميعها ـ مسماة وغير مسماة ـ يمكن حصرها فى طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام اما أن يكون شيئا أو عملا أو حقا ، والملتزم بموجب عقد اما أن يأخذ مقابلا لما أعطى واما ألا يأخذ . فاذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلا فالعقد هبة ، أما اذا أخذ مقابلا فالعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل اذا كان المقابل دينا ، ويكون عقد شركة اذا كان المقابل حصة فى شركة . أما اذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلا فالعقد عارية ، واذا أخذ مقابلا فالعقد ايجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . واذا كان المحل عملا ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو وديعة غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة . أما اذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد ايجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو وديعة مأجورة . وقد يكون المقابل شيئا آخر غير النقود ، كعامل يأخذ أجرة طعاما ومسكنا . بل قد يكون المقابل نفسه عملا فيقوم شخص بعمل لآخر فى مقابل أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كمقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . واذا كان المحل حقا ـ عينيا أو شخصيا ـ جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعا أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا اذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله رهن الحق ضمانا لدين ، أو النزول عن الحق نزولا كليا أو جزئيا

---

(١) انظر مقاله المنشور فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧٠ وما بعدها .

بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلانيول امكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

واذا كان بلانيول بما نقلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساس منطقى لتقسيم العقود ، فان ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل فى ذلك من تلفيق ومزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط فى ميادين العمل (١) .

٦ ـ تقسيم العقود المسماة فى التقنين المدنى السابق : وقد أورد التقنين المدنى السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقى ودون تنسيق، فجاءت على الوجه الآتى : البيع ـ المقايضة (فى التقنين الوطنى فقط) ـ الايجار (اجارة الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل) ـ الشركة ـ العارية بنوعيها (الاستهلاك والاستعمال) ـ الايرادات المرتبة ـ الوديعة ـ الكفالة ـ الوكالة ـ الصلح ـ الرهن ـ الغاروقة ـ الرهن العقارى .

فتوالت العقود تتساق بعضها وراء بعض متنافرة ، فى غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى ليعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهون الأخرى ، وأورد حوالة الحق فى نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الايجار والمقاولة والعمل فى عقد واحد (٢) .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ .

(٢) وقد نعت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد هذا الاضطراب فى العبارات الآتية : « ان التقنين المدنى الحالى (السابق) وضع العقود المسماة بعضها الى جانب بعض ، دون ان ينتظمها ترتيب يتمشى فيه منطق سليم ، فحشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الايجار والاستصناع والعمل فى باب واحد مع ما يوجد بين هذه العقود من تباين ، وفصل ما بين رهن الحيازة والرهون الاخرى فصلا ينطوى على كثير من التحكم اذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهون الى الكتاب الذى خصصه لحقوق الدائنين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥) .

تقسيم العقود المسماة فى التقنين المدنى الجديد : أما التقنين المدنى الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا متسقا راعى فيه المحل الذى يقع عليه العقد • فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل • ثم ان هناك عقودا احتمالية ينتظمها أنها تدور جميعا على احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق • وينتهى التقنين الجديد بعقد الكفالة اذ هو عقد ضمان شخصى فلا يدخل فى العقود المتقدمة ، ويجب فى الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العينى وهما عقد الرهن الرسمى وعقد رهن الحيازة •

وقد نوهت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقى فى العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى فى تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى يرد عليه العقد • فهناك عقود ترد على الملكية ،وهذه هى : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح • وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هى : الايجار والعارية • وعقود ترد على عمل الانسان ، وهذه هى : عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة • وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هى : المقامرة والرهان وعقد الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين • وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصى ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) •

فنبحث العقود المسماة على هذا الترتيب فىأجزاء أربعة من الوسيط•

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥ .

العقـــود

التى ترد على الملكيـــة

٨ ـ العقود التى ترد على الملكيه هى موضوع الجزء الرابع من الوسيط : ونبدأ بالعقود المسماة التى ترد على الملكية ـ البيع والمقايضة ونخصص لها هذا الجزء الرابع من الوسيط ، ونبحث عقود الهبةوالشركة والقرض والصلح فى الجزء الخامس من الوسيط . ثم نتابع بحث باقى العقود المسماة الأخرى فى الجزئين السادس والسابع .

وتنتظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، ففيها جميعا يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شىء الى المتعاقد الآخر ، ويلتزم فى الوقت ذاته بتسليم هذا الشىء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذى تعهد به فى نظير الشىء الذى أنتقلت ملكيته اليه اذا كان هناك مقابل .

ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد الهبة خصائص يتميز بها عن عقدى البيع والمقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلا عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام فى الأجزاء الثلاثة الاولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، فى صدد العقود المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل نقتصر على الاشارة اليها . أما الذى نقف عنده فى العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما فى أحكامه من تطبيقات القواعد العامة تنطوى على شىء من الخفاء ، وما فى هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحى العملية فى العقد المسمى ، على النحو الذى أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه القضاء فيما عرض له من الخصومات .

ونبحث العقود الواردة على الملكية فى أبواب متعاقبة على الترتيب الآتى :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثانى : عقـــد المقاضية •

الباب الثالث : عقـــد الهبـــة •

الباب الرابع عقـــد الشركة •

الباب الخامس : عقـــد القرض وعقد الدخل الدائم •

الباب السادس : عقد الصلح •

وسوف يشمل الجزء الرابع بحث عقدى البيع والمقايضة ، ويشمل الجزء الخامس بحث بقية العقود الواردة على الملكية •

البـــــاب الاول

عقـــــــد البيع

مقـــــدمة (*)

٩ ـ التعريف بالبيع ـ نصوص قانونية : أوردت المـادة ٤١٨ من التقنين المدنى تعريفا لعقد البيع على الوجه الآتى :

(*) **مراجع فى عقد البيع :** لوران ٢٤ فى البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ ـ هيك ١٠ فى البيع والايجار باريس سنة ١٨٩٧ ـ جيوار فى البيع والمقايضة الطبعة الثالثة جزءان باريس ١٩٠١ ـ ١٩٠٤ ـ أوبرى ورو واسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ ـ بودرى وسينيا الطبعة الثالثه باريس سنة ١٩٠٨ ـ بيدان وليربيور بيجونيير وبريت دى لاجريسى ١١ باريس ١٩٢٨ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ الطبعه الثانيه باريس سنة ١٩٥٦ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ ـ كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ ـ جوسران ٢ الطبعة الثانيه باريس سنة ١٩٣٣ ـ انسيكلوبيدى داللوز ٥ باريس ١٩٥٥ .

رسائل ايرو (Eyraud) فى البيع والايجار باريس سـنة ١٩٠٤ . ١٠ البير (A. Albert) فى التمييز بين بيع المنقول وايجار العقار أو المنقول بواتييه سنة ١٩٠٦ ـ ديفى (Defaye) فى الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ ـ فواسان (Foissin) فى الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٢٤ ـ ميريس (Murisse) فى الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ ـ كورنى (Cornille) فى البيع وايجار الاشياء ليل سنة ١٩٢٦ ـ بوالار (Boilard) فى الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ ـ بريتيلار (Brétillard) فى الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩ ـ دوتريش (Cornille) باريس سـنة ١٩٣٠ ـ تيريون (Thirion) الايجار مع الوعد بالبيع نانسى سـنة ١٩٣٠ ـ بوابيه (Boyer) فى الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣٢ ـ ديلومز (Delommez) فى الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ .

مؤلفات فى القانون المصرى والقوانين العربية : الاستاذ أنور سـلطان سنة ١٩٥١ ـ الاسـتاذان سليمان مرقس ومحمد على امام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ ـ الاسـتاذ محمد كامل مرسى سنة ١٩٥٣ ـ الاسـتاذ عبد الفتاح عبد الباقى سنة ١٩٥٦ ـ الاسـتاذ جميل الشرقاوى سنة ١٩٥٦ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى ١٩٥٦ و ١٩٥٧ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ـ الاستاذ اسـماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨) ـ الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى دمشق سنة ١٩٥٣ ـ الاسـتاذ حسن على الذنون فى البيع فى القانون المدنى العراقى بغداد سنة ١٩٥٤ ـ الاستاذ عباس حسن الصراف فى البيع والايجار بغداد سنة ١٩٥٦ =

« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا اخر فى مقابل ثمن نقدى » (١) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٥/٣٠٠ (٢)•

ويقابل فى التقنينات المدنيه العربيه الاخرى : فى التقنين المدنى السورى الماده ٣٨٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٠٦ — ٥٠٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الماده ٣٧٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى الماده ٤٥٤ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٦٥ (٣) •

— فى القانون المدنى المصرى السابق : الاستاذ محمد حلمى عيسى فى شرح البيع سنه ١٩١١ — الاستاذ احمد نجيب الهلالى وحامد زكى سنه ١٩٤٠ (وانظر طبعة سنة ١٩٥٤ فى القانون الجديد) •

وفى اشارتنا الى هذه المراجع المختلفة نحيل الى الطبعات المبينة فيما تقدم •

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد • وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ فى المشروع النهائى • وفى مجلسى النواب والشيوخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح التطابق تاما تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣ — ص ١٦) •

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٣٥/٣٠٠ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما •

(٣) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدنى المصرى • وانظر فى التعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الاسلامى والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٢٤ — فقرة ٢٧) •

التقنين المدنى الليبى م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال •

م ٥٠٧ البيع باعتبار المبيع اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهى المقايضة •

(ويلاحظ أن التقنين العراقى جرى فى تعريف البيع على نهج الفقه الاسلامى ، فجعل البيع شاملا للبيع المطلق والصرف والمقايضة • ولم ير حاجة للاشارة الى السلم ، اذ لم يعد هناك مقتض لافراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبل جائزا بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فتحلل التقنين =

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين ، اذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليـا آخـر ويلزم المشترى أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا (١) • ويسـتخلص منه أيضا أن البيع عقد معاوضة ، فالبائع يأخذ الثمن مقابلا للمبيع والمشترى يأخذ المبيع مقابلا للثمن • ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائى ، اذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا فهو ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين • ويستخلص منه أخيرا أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب

= العراقى بذلك من قيود السلم المعروفة فى الفقه الاسـلامى : أنظر فى هذا المعنى الاستاذ الذنون فى البيع فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شىء ، ويلتزم فيه الشارى أن يدفع ثمنه •
(وتعريف التقنين اللبنانى يقارب تعريف التقنين المصرى السابق ، فهو لم يذكر فى خصوص المبيع الا ملكية الشىء ، ولم يبين وجـوب أن يكون الثمن نقـدا) •

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٤ : البيع عقد على تمليك شىء أو نقـل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى (وهـذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى العبارة) •

التقنين المدنى الاردنى م ٤٦٥ : البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض (ويلاحظ ان التقنين الاردنى جرى فى تعريف البيع على نهج الفقه الاسلامى ، فجعل البيع شاملا المقايضة) •

(١) ومن ثم كان البيع بيعا بالنسبة الى البائع ، وشراء بالنسـبة الى المشـترى • وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد « الشراء والبيع » (emptio venditio) , فاذا اختصـروها ففى لفظ الشراء (emptio) لا فى لفظ البيع (venditio) ، لان الدور الغالب فى الاجـراءات الشكلية وفى الاشهاد فى القانون الرومانى كان للمشترى لا للبائع (رويز فى عقد البيع فى القانون الرومانى : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) • ولايزال التقنين المدنى الالمانى يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لغلبة الدور الذى يقوم به المشـترى (الاسـتاذ جميل الشـرقاوى فقرة ٢ ص ٥) • أما التسمية الغالبة فى القوانين اللاتينية وفى الفقه الاسلامى فهى البيع ، لان احد البدلين وهو المبيع يكون عينا معينة بالذات اما وقت العقد أو عند التسليم ، وتتغلب ذاتيتها على الثمن الذى هو دين فى الذمة • كذلك يبرز فى خصـوص المبيع المدين بنقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشـترى ، كما برز الالتزام على الحق الشخصى فاقتصرنا على لفظ « الالتزام » •

التزاما فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى كما هو صريح النص •

واذا قابلنا هذا التعريف الذى أورده التقنين المدنى الجديد بالتعريف الذى كان يشتمل عليه التقنين المدنى السابق (١) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز فى أمرين : « أولهما » أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشىء ، بل يجاوز الملكية الى غيرها من الحقوق المالية الاخرى فيجوز ان يكون محلا للبيع ، ولا حق الملكية فحسب ، بل أيضا حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلا للبيع الحقوق الشخصيه فى صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنيه والصناعيه • (والامر الثانى) أن التعريف يبين فى وضوح أن الثمن لابد أن يكون من النقود • وهدا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ، ويميزه عن البيع فى الفقه الاسلامى ففى هدا الفقه يصح ان يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (٢) •

---

(١) انظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدنى السابق فى الحاشيه•

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « آخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصرى الحالى (السابق) وعن التقنين البولونى • ويمتاز عن تعريف التقنين المصرى بأمرين : (أولهما) انه لا يقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك الى نقل أى حق مالى آخر • فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق اذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود • (والامر الثانى) أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود ، وهذا وصف جوهرى فى الثمن يحسن أن يذكر فى التعريف ، لانه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة • وهذا غير الشريعة الاسلامية ، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف • ولا يوجد فى النصوص المقابلة تعريف لتقنين اجنبى جمع بين هذين الامرين • فمن التقنينات ما يغفلهما جميعا ، كما فعل التقنين المصرى السابق ، ومثله الفرنسى (م ١٥٨٢) ، والايطالى (م ١٤٤٧) ، والهولندى (م ١٤٩٣) ، واللبنانى (م ٣٧٢) ، والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٢٣) ، والسويسرى (م ١٨٤) ، والسوفيتى (م ١٨٠) ، واليابانى (م ٥٥٥) • ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقا ماليا آخر غير الملكية ويغفل أن الثمن يجب ان يكون نقدا ، =

١٠ ـ **البيع ونقل الملكية** : ولعل أهم تطور فى تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقدا ناقلا للملكية ، وسنتابع مراحل هذا التطور عند الكلام فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى (١) ونقتصر هنا على القول ان البيع لم يكن فى القديم عقدا ناقلا للملكية . فقد كان البيع

= كما فعل التقنين التونسى (م ٥٦٤) ، والتقنين المراكشى (م٤٧٨) ، والتقنين الالمانى (م ٤٣٣) ، والتقنين البولونى (م ٢٩٤) ، والتقنين الصينى (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الامر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقدا ويغفل النص على جواز بيع الحقوق المالية الاخرى غير الملكية ، كما فعل التقنين الاسبانى (م ١٤٤٥) ، والتقنين البرتغالى (م ١٥٤٤) ، والتقنين الارجنتينى (م ١٣٥٧) ، وتقنين كويبك (م ١٤٧٢) ، والتقنين النمساوى (م ١٠٥٣) ، والتقنين البرازيلى (م ١٢٢) » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ ـ ص ١٦) .

ويأخذ الاستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٣) على تعريف التقنين المدنى الجديد أنه لا ينبىء « عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد » . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثرا لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى ـ كما لاحظ الاستاذ سليمان مرقس ـ على ان « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ولا شك فى أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى ينقلها من تلقاء نفسه أدق من اسناد هذا الاثر الى عقد البيع ، وبخاصة اذا أحيط هذا الاثر بقيوده فلا تنتقل الملكية الا اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم دون اخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلو لم يكن محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم فان العقد يبقى بيعا ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وانما ينشىء التزاما بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يبقى بيعا ، مع أنه لا ينقل الملكية الا بالتسجيل . وهذا ما جعل الاستاذ سليمان مرقس يستدرج فيقول : « ولعل ما حدا المشرع الى ذلك ملاحظته ان بعض البيوع لا يترتب عليها هذا الاثر ورغبته فى وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد تولى الاستاذ منصور مصطفى منصور (البيع والمقايضة والايجار فقرة ٩ ص ١٤ ـ ص ١٦) الرد بتفصيل على اعتراض الاستاذ سليمان مرقس . قارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى (فقرة ٢٣ ص ٣٦) والاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى (فقرة ١٢ ص ١٤ ـ ص ١٦) والاستاذ جميل الشرقاوى(فقرة ٧) والاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى (فقرة ٢٧) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ ـ فقرة ٢٣٢ فيما يلى .

فى القانون الرومانى لا يرتب فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، بل التزاما بنقل حيازة المبيع الى المشترى ، الا اذا اشترط المشترى على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم فى القانون الفرنسى القديم، فكانت الملكية لا تنتقل فيه الا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور فى هذا القانون انتهت الى أن يكون القبض أمرا صوريا ، وكان يكفى أن يذكر فى عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع الى المشترى .

وقطع التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلا للمكية اذ رتب فى ذمة البائع التزاما بنقلها الى المشترى . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلا للملكية فى التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين المصرى السابق والتقنين المصرى الجديد ، وان كان الفقه الاسلامى قد تعجل هذا التطور وجعل البيع ناقلا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسنرى ذلك عند تفصيل القول فى هذا التطور فيما يلى (١) .

١١ - **خصائص عقد البيع - اشتباهه بعقود أخرى** : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حق مقابل عوض نقدى ، فهو اذن عقد معاوضة ناقل للملكية والثمن فيه نقد (٢) . وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود . فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلا ، الذى هو أيضا ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعا . وكونه ناقلا للملكية يميزه عن عقد الايجار مثلا ، الذى لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب له حقا شخصيا فى ذمة المؤجر للانتفاع بالعين . وكن المقابل

---

(١) انظر فقرة ٢٢١ فيما يلى .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية فى مقابل ثمن معين يكون بيعا ، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢) .

فى عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلا ، والمقابل فى المقايضة ليس مبلغا من النقود •

ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى ، فيدق تمييزه عنها • ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ ـ قد يدق التمييز بين البيع والهبة اذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود • فقد يكون هذا المبلغ كبيرا الى حد يقرب من قيمة الشىء الموهوب ، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمى الثمن فيه عوضا (١) • والعبرة فى التمييز بين غرض وآخر بنية التبرع ، فاذا كانت موجودة فى جانب العاقد الذى أعطى الشىء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض ، والا فالعقد بيع (٢) • ووجود نية التبرع مسألة واقع ، يقدرها قاضى الموضوع وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (٣) • ومما يرجح وجود هذه النية ان يكون العرض فى

---

(١) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة : من ناحية الشكل ، ومن ناحية الاحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البولصية وصدور التصرف فى مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والغلط فى الشخص وغير ذلك من المسائل التى تعرف فى مواضعها •

(٢) وقد يتخذ البيع ستارا للهبة ، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن ، ثم يهب البائع الثمن للمشترى • مثل هذا العقد لا شك فى طبيعته فهو هبة ، بل هبة مكشوفة • وتسرى عليه أحكام الهبة ، لا من حيث الموضوع فحسب بل ايضا من حيث الشكل • فاذا أتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر انه وهب الثمن للمشترى بل ذكر انه قبضه ، فالعقد هبة مستورة ، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا الى تنجيز التصرف ، فانه لا يتعارض مع تنجيزه عدم استطاعة المتصرف اليه دفع الثمن المبين بالعقد لان التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى • نقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد ١ رقم ١٨٢ ص ٩٨٤ •

(٣) جيرار ١ فقرة ٧٠ •

مصلحة شخص ثالث غير الواهب ، بل يكون الموهوب له الحقيقى هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهما (١) .

٢ - وقد يدق التمييز بين البيع والوصية ، فانه وان كانت الوصية تعتبر تصرفا من جانب واحد لا عقدا ، وتبرعا كالهبة لا معاوضة كالبيع ، الا أنها كثيرا ما تلتبس بالبيع وتتخذه ستارا لها ، ففى هذه الحالة على محكمة الموضوع أن تتبين ارادة المتصرف وأن تكيف هذه الارادة التكييف القانونى الصحيح (٢) خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض . ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها الى حين وفاته ، وكفقر المشترى وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى فى العقد ، وكعدم تسجيل العقد ، وكاستمرار قيام البائع بدفع الاموال الاميرية أو العوائد من تاريخ البيع الى تاريخ وفاته (٣).

= وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة ما عناه العاقدون منها وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع ومتى تبينت تلك المحكمة ارادة العاقدين على حقيقتها فان عليها ان تكيفها بعد ذلك التكييف القانونى الصحيح غير متقيدة فى ذلك بتكييف العاقدين : نقض مدنى فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٧٨ ص ١٨٣٤ .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن التكييف الصحيح للعقد بحسب ما عناه العاقدان هو انه وصية وليس بيعا فانه كان عليها ان تنزل عليه حكم القانون المنطبق على وصفه الصحيح ولا يعتبر ذلك منها تغييرا لاساس الدعوى لانها لا تتقيد فى التكييف بالوصف الذى يعطيه المدعى للحق الذى يطالب به ، بل عليها ان تتحرى طبيعة هذا الحق لتصل بذلك الى التكييف القانونى الصحيح له وتطبق عليه حكم القانون : نقض مدنى فى ٢ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٤ ص ٢٢ .

كما قضت محكمة النقض بانه يتعين على المحكمة وهى بصدد البت فى امر صحة العقد ونفاذه ، ان تقول كلمتها فيما اثير من نزاع حول تكييف العقد وهل هو بيع أو وصية اذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الاحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٢٥ ص ٧٦٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقدح فى تكييف العقد بأنه بيع =

وقد أورد القانون المدنى الجديد نصا فى هذه المسألة هو المادة ٩١٧ التى نصت على أنه « اذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك » ويبرر مسلك القانون الجديد وميله الى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة ، مما يؤدى الى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على انه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية تضيق عن الايصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيبا فى القانون ، وليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الاسرة تحت ستار أنهما ببوع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من احكام الوصية ، فاجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير وارث ، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير اسمائها الحقيقية ، ومادامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل اذن للوصية المستترة . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التى اقامها القانون الجديد — وهى احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه فى الانتفاع مدى حياته — هى الشىء الثابت فى هذه المسألة . وهى قرينة قابلة لاثبات العكس ، فيجوز اثبات ان التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وان البائع باشر الحيازة نيابة عنه (١) وغير ذلك من

= منجز احتواؤه على شرط احتفاظ البائع بالانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وشرط منع المتصرف اليه من التصرف فى هذه العين اذا ثبت أن الثمن المسمى فى العقد قد دفع بأكمله اذ هذا يتنافى مع معنى الوصية التى هى من التبرعات : نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٣٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى بأسباب سائغة احتفاظ المورث بحيازته للعين المتصرف فيها ، واعتبر قيامه =

الظروف التى تعارض ان التصرف وصية (١) ٠

ويلاحظ أن المادة ٩١٧ من القانون المدنى اســـتحدثت قرينـــة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقا ، فــلا يكــون لهــا أثــر رجعى (٢) ، شأنهـــــا فى هـــــذا شأن ســـائر القـــواعد

= بتحصيل اجرتها بعد التصرف فيها انما كان لحساب اولاده القصر المتصرف اليهم بصفته وليا طبيعيا عليهم ، ولم يكن لحساب نفسه لعدم استناده فى ذلك الى مركز قانونى يخوله حق الانتفاع بتلك العين ، فان الحكم المطعون فيه وقد قضى باعتبار البيع منجزا مستوفيا اركانه القانونية ومنها الثمن ، وانه صدر من المورث فى حال صحته ، ولا يقصد به الوصية ، مستندا فى ذلك الى اسـباب سائغة تكفى لحمل قضائه ولا فساد فيها ، فان النعى عليه بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ٧ مارس ســـنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٤٧ ص ٢٩٨ ٠

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع سلطة التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه فى ضوء ظروف الدعوى مادام قد برر قوله فى ذلك بما يحمله ويؤدى اليه ٠ فاذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار ان العقد موضوع النزاع يخفى وصية بعد ان استظهر فى اسباب سائغة قيام الشرطين اللذين تستلزمهما القرينة القانونية المستفادة من نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى وانتهى الى ان التصرف موضوع النزاع ساتر لوصية مرتكنا فى ذلك الى ما اطمأن اليه من اقوال الشـهود والى قرائن اخرى باعتبارها ادلة متســـاندة تؤدى فى مجموعها الى ما انتهى اليه من ان العقد يخفى وصـــية ، فان مؤدى ذلك من الحكم عدم تنجيز التصرف : نقض مدنى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٨٦ ص ١٨٨٥ ٠

كما قضت محكمة النقض بانه ولئن كان وضـع يد المشترى على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف الا انه ليس شرطا لازما فيه ، اذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسـبب من الاسباب التى لا تنافى انجاز التصرف : نقض مدنى فى ٦ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٥١ ٠

وقضت محكمة النقض ايضا بأن القرينة القانونية المنصـوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى من قبيل الدفاع الذى يجوز تمســك الخصم به لاول مرة امام محكمة الاستئناف دون ان يكون لعدم تمســكه به امام محكمة اول درجة من اثر على هذا الحق (نقض مدنى فى ٢٨ يونية ســنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥١ قضائية لم ينشر) ٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعـــدة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى مســتحدثة ولم تكن لها نظير فى التقنين الملغى ٠ والقرينة التى استحدثتها هذه المادة لاتصـــالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا لا يجوز =

الموضـــوعيه (١) .

= اعمالها باثر رجعى على التصرفات الســـابقة على تاريخ العمل بالقانون الملغى القائم ولقد كان من المقرر فى ظل القانون الملغى ان الاصـــل فى اقرارات المورث انها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الاثبات ، فعبء الاثبات كان على من يطعن فى التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن الى اثبات دعواه والقاضي بعد ذلك حر فى ان يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لانها كسائر القرائن القضائية تخضـــــع لمطلق تقديره : نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن القرينة القانونية التى استحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدنى الحالى متصلة بموضوع الحق اتصالا وثيقا ولا يجوز ـ على ما جرى به قضاء محكمة النقض ـ اعمالها باثر رجعى على التصرفات السابقة علي تاريخ سريانه : نقض مدنى فى ١٤ / ٥ / ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ٦٧٣ ، ونقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٧ المجموعة السابقة السنة ١٩ رقم ٤٠ ص ٢٧١ .

قضت محكمة النقض ايضا بان المادة ٩١٧ من القانون المدنى اقامت ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ قرينة قانونية من شانها متى توافرت عناصرها اعفاء من يطعن فى التصرف بانه ينطوى على وصية من اثبات هذا الطعن ونقل عبء الاثبات الى عاتق المتصـــرف اليه ، واذ كانت هذه القرينة مســـتحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى ، فلا يجوز اعمالها باثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصـــالها بموضـــوع الحق اتصالا وثيقا ، والعبرة فى اعمال هذه القرينة هى بالتاريخ الذى انعقد فيه التصرف لا بتاريخ التسجيل ، لان القرينة القانونية تخضـــع للقانون السارى وقت نشـــوء التصرف الذى رتب عليه المشرع هذه القرينة : نقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٨٠ ص ١١٤٢ .

(١) الوســـيط ٢ الطبعـــة الثانية ـــ المجلد الاول فقرة ٣٢٢ ص ٧٧٧ هامش رقم ٢ ـ بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكـــرر جسنى العلم والصـــياغة فى القانـــون الخـــاص ٣ ص ٣٣٢ ـــ ص ٣٣٤ ـ الاســـتاذ عبـد المنعم البـــدراوى فقرة ٤٨ ـ الاســـتاذ منصـــــور مصـــطفى منصـــــور فقـــرة ١٦ ص ٣١ ـ ص ٣٣ ـ الاســـــتاذ اســـماعيل غانم ص ٣٣ . وانظر عكس ذلك وان هذه القرائن متعلقة بقواعد الاثبات ، والنصوص الخاصة بالاثبات ماعدا النصوص الخاصة بالادلة التى تعد مقدما تسرى على جميع الوقائع باثر رجعى سواء كانت لاحقة لصدورها او سابقة : الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٨ ـــ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨ .

ونضيف هنا قضاء لمحكمة النقض فى تكييف العقد بيعا او هبة : اشترط البائع حق الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشترى من التصرف : بيع =

= (٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١) - تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طويل : صحيح اما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونية سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٤ ص ٤٠٢) - اتفاق البائع والمشترى على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع لينتفع بها طول حياته : بيع أو هبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - نفذ العقد فى حياة البائع برفع يده عن الارض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل العقد : بيع (١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشترى من التصرف لا يحول دون اعتبار التصرف بيعا (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضرورى وضع المشترى يده على العين لتكييف العقد بيعا (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشترين عن باقى الثمن واشترط الا يتصرف المشترون فى المبيع مادام حيا ولكن صدر منه بعد ذلك اقرار يلغى هذا الشرط ويطلق للمشترين حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يكفى لتكييف العقد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشترى (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٤٤ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والد الى ولده : بيع أو هبة مستترة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشترى عدم التصرف فى العين المبيعة ما بقى البائع حيا لا يمنع من تكييف العقد بيعا (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦ - وفى تكييف العقد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورهن بعض الأطيان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩) - وجود ورقة ضد تقضى بأن البيع لا يسرى الا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، استبقاء البائع حيازة المبيع وعدم دفع المشترى للثمن ومنعه من التصرف وعدم الزامه بدفع الأموال (١٠ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والد الى ولده بثمن بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشترى من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عقد صادر من مورث الى وارث وقد ثبت ان المورث لم يكن فى حاجة الى بيع املاكه ولم يقبض ثمنا وظل واضعا يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالعقد عنده حتى لا يسجل (٢٨ اكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١ ص ٣٢) - وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، وانما كان قائما حول تعرف نية المتصرف هل هى البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن لجهة الاحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وانظر ايضا فى تكييف العقد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : =

٣ — وقد يدق التمييز بين البيع والايجار اذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته • ويقال عادة ان الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انتقاص ، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفد • فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد فى أوقات دورية ، أما الفحم والبترول والمعادن والحجر فى المناجم والمحاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل ان مصيرها الى النفاذ • ومن ثم فقد قيل ان العقد اذا وقع على الثمرات فهو ايجار اذ يقع على منفعه الارض المتجددة التى لا تنفذ ، واذا وقع على المنتجات فهو ايجار اذ يقع على منفعه الأرض المتجدده التى لاتنفذ ، واذا وقع على المنتجات فهو بيع اذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعه متجدده (١) • ويغلب أن يكون هذا صحيحا ، ولكنه قد لا يصدق

= نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (ايداع مبلغ فى صندوق التوفير باسم شخص معين) — ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ — ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ — ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ٣٠٦ •

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ — وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية علاوة على هذا الثمن أتاوة كذا جنيها عن كل طن ، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة ، لكونها جزءا منه لابد من نفاذه يوما ما • وحقيقته — مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة والايجار والمستأجر — أنه عقد بيع للنطرون لا عقد ايجار للمستنقعات • والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة الى وزن ، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الاتاوة • وينبنى على ذلك اعتباره بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى (٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٣١ ص ١٦١) •

فى بعض الحالات • فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال فى الأرض ، فيكون العقد بيعا لهذا المحصول لا ايجارا للأرض • ويغلب فى هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشترى ولا يسلم له الا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشترى • أما فى الايجار فتسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة على المستأجر لا على صاحب الأرض (١) • ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها فى الايجار على صاحب الارض لا على المستأجر • ولا أن تكون مصروفات انتاج المحصول الذى باعه صاحب الارض أو بعض هذه المصروفات على المشترى لا على صاحب الأرض • فالعبرة اذن بنية المتعاقدين ، هل أرداو بيعا او ايجارا ، وتتخذ الظروف الخارجية التى أشرنا اليها قرائن قضائيه على هذه لنية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها •وتقديره تقدير موضوعى لا معقب عليه فيه من محكمة النقض (٢) • فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر فى مقابل أجرة دورية فيكون العقد ايجارا لا بيعا ، وتسرى أحكام الايجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الايجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يختلف تماما عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣)•

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ ـ ص ٦ •

(٢) اما التكييف القانونى للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣) • ويراعى فى التكييف أن البيع ينشىء التزاما بنقل الملكية ، أما الايجار فينشىء التزاما بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة •

(٣) وليس من الضرورى ليكون العقد ايجارا أن يكون للمستأجر الحق فى جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الارض منافع أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦) •

وقد يقال ان الايجار عقد زمنى فالزمن فيه عنصر جوهرى ، أما البيع فعقد فورى • وهذا المعيار صحيح فى جملته وان كانت هناك بيوع الزمن فيها عنصر جوهرى فتكون عقودا زمنية وذلك كعقود التوريد •

وهناك فرض آخر يدق فيه التمييز بين البيع والايجار ، فقد يوصف العقد بأنه ايجار حتى اذا واظب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعا واعتبرت الأجرة أقساطا للثمن . وهذا ما يسمى بالايجار الساتر للبيع (location-vente) ، وقد ورد فيه نص خاص هو نص المادة ٤٣٠ مدنى ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر فى هذه الحالة بيعا لا ايجارا فتسرى عليه أحكام البيع . وسنعود الى هذه المسألة تفصيلا فى مكان آخر (١) .

٤ ـ وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعا أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه دارا فى مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعا أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعا ، وان اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع فى هذا الفرض لبس ما ، وخصوصيته فى أن العقد لا يتمخض منذ البداية بيعا أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك الا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما اذا أعطى شخص دارا لآخر فى مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعا ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وان أمكنت معرفة قيمته نقدا بمجرد تبين سعر السوق ، الا أن العبرة فيه هى بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقدا ، فيكون العقد مقايضة لا بيعا .

---

(١) انظر فقرة ٩٠ ـ فقرة ٩٤ فيما يلى ـ وقد يشتبه البيع بالايجار فى التنازل عن الايجار والايجار من الباطن ، حيث ينزل المستأجر عن ايجاره لغيره وهذا البيع أو يؤجر حقه للغير وهذا هو الايجار من الباطن . ويرجع فى ذلك الى قصد المتعاقدين ، ولكن قد يخفى هذا القصد حتى يدق التمييز . بل يقع أن يتعمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التصرفين وهو يقصد التصرف الآخر . فعمدت الفقرة الاولى من المادة ٥٩٤ مدنى الى قطع السبيل على هذا التحايل ، ونصت على أن « منع المستأجر من ان يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل من الايجار ، وكذلك العكس » .

واذا كان المقابل ايرادا مرتبا مدى الحياة ، فقد ذهب البعض الى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق فى المرتب ؛ ومن ثم يكون العقد مقايضة • ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه — وهو نقود — على وجه احتمالى فى صورة الايراد (١) • واذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فاذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما اذا بيعت سيارة جديدة بألفين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع • أما اذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما اذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد ، فالعقد مقايضة (٢) •

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقود أخرى غير التصرفات الاربعة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك•

١ — فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل • وقد قدمنا فى الجزء الثالث من الوسيط (٣) أن الوفاء بمقابل قد اختلف فى تكييفه • فهو فى جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى فى مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب • ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدنى) وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلى

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٣٥ ص ١٦٧ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧ ص ١٣٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤ ص ١٩٣ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ ص ٩٢ — الاستاذ جمال الدين زكى فى العقود المسماة فقرة ١١٨ ص ٢٣٢ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ — وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٥ •

(٢) الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ — وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفقرة ٤٢٧ •

(٣) فقرة ٤٧٧ — فقرة ٤٨٠ •

دين جديد ، ويقترن التجديد فى الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عينا بالشىء المعطى (١) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو فى الوقت ذاته ناقل لملكية الشىء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٢)

٢ ـ وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاولة . فاذا كان الصانع هو الذى ورد الخامات التى يصنعها ، وكانت الخامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذى يلتزم به صاحب صاحب المصنع أن يورد مصنوعاته الى العميل ، كما اذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بواخر او سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلة . أما اذا كانت الخامات أقل قيمة من العمل ، كالرسام يورد القماش (toile) او الورق الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بها ، فهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقاوله لا عقد بيع . والخياط (الترزى) اذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاولة ، واذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (٣) . وقد تتقارب ميمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة (٤) . أما المقاول الذى يتعهد باقامة مبنى ، فان

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠ .

(٢) قارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اعطاء المستاجر المحصول للمؤجر للوفاء بالاجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعا مادام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان ، مع توكيله فى بيعه لحساب المستأجر بعد خصم الاجرة . فالمحصول فى هذه الحالة لايزال ملكا للمستأجر ، ومن ثم اذا وقع أحد دائنيه الحجز عليه لم يكن للمؤجر أن يعترض على الحجز بأنه وقع على مال غير مملوك للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٧) .

(٣) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « على انه اذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هى الموضوع الاصلى فى العقد ولم يكن العمل الا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع » .

(٤) ويقرب هذا الرأى الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٨ ص ٣٠ .

كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكا لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة ، وان كانت الأرض ملكا للمقاول فالعقد بيع الأرض فى حالتها المستقبلة أى بعد أن يقام عليها المبنى (١).

٣ ــ وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشىء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقدارا معلوما أجرا . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخا من كتابه فى مكتبة ليبيعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها . ففى هذه الاحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا اما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلا بالبيع بعد أن كان مودعا عنده ، وهو وكيل بالأجر اذ يتقاضى أجرا معينا على ما يقوم ببيعه . واما أن يعتبر ، عندما يجد مشتريا ، أنه هو أشتراها اولا من صاحبها بثمن معين ، ثم باعها للعميل بثمن آخر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكييف او بآخر يتوقف على نية المتعاقدين ، وهذه النيه يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع (٢).

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ .

(٢) قارن بلانيــــول وهامل ١٠ فقرة ٤ ــ والاســــتاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥ ــ ومن اقضية محكمة النقض فى اختلاط الوديعة بعقد البيع ما قضت به من أن التزام المودع لديه رد الشىء بعينه عند طلبه شرط اساسى فى وجود عقد الوديعة ، فاذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة . فاذا سلم قطن لمحلج بموجب ايصــــالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ، ثم تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون اذن صـــاحبه ، لم يعتبر ذلك تبديدا معاقبا عليه بالمادة ٢٩٦ من قانون العقوبات (م ٣٤١ جديد) : نقض جنـائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ ــ وقضت محكمة النقض أيضـــا بأنه اذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشترى ، فان وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة انما يكون على سبيل الوديعة ، فان تصرف فيه اضرارا بصاحبه فانه يكون خان الامانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقـــوبات (نقض جنائى ٢٥ نوفمبر ســـنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) . وقضت كذلك بأنه اذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشترى ، فان وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة انما يكون على سبيل الوديعة ، فان تصرف فيه اضرارا بصــاحبه فانه يكون خان الامانة =

٤ ـ وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة . ويحدث ذلك مثلا فى حالة الاسم المستعار أو المسخر Prête - nom ، فانه يشترى باسمه ما وكل فى شرائه ، وتنتقل ملكية الشىء اليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد الى الموكل . فينطوى التسخير اذن على عقد وكالة هو الذى ابرم بين الموكل والمسخر ، وعقدى بيع : العقد الاول هو الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والعقد الثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل . ومن ثم لا يختلط البيع بالوكالة فى هذه الحالة ، بل يقترن بها (١) . وكذلك السمسار والقومسيونجى يقوم كل منهما بشراء الشىء

= ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات (نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنه ١٩٦٠ المحاماة ١١ رقم ٢٤٧ ص ٥٢٦) . وقضت كذلك بأنه اذا كان العقد يتضمن اقرارا بدين مصحوبا بتأمين كمية من القطن أودعها المدين لحساب دائنه لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية ، وذلك على ان يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونتراتات والاستداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه اذا هبط سعره ، ولم يقم البائع بالتغطية بحسب العرف المقرر لبيع الاقطان ببورصة البضائع ، فان هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدنى عادى يكون فيه المودع لديه أو المشترى ملزما بنقل اسعار القطن شهرا فشهرا حتى يأذن له البائع فى بيعه ، وانما هو عقد يتضمن تكليف المشترى أو المودع لديه ببيعه اذا لم يقم البائع بالتغطية الواجبة عرفا عند هبوط السعر (نقض مدنى ٢٢ يونية سنه ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣١ ص ٤٠١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من يعير اسمه ليس الا وكيلا عمن اعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ومن ثم يمتنع عليه قانونا ان يستأثر لنفسه بشىء وكل فى ان يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من ناحية ان وكالته مستترة . وهذا يقتضى ان يعتبر تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه والذى ترتب عليه نقل الملكية من البائع ، لحساب الاصيل ويؤول العقار المبيع اليه والى ورثته من بعده بطريق الميراث ذلك ان الحقوق فيما بين الموكل ووكيله الذى اعاره اسمه تكون كلها للموكل دون الوكيل . فاذا كان التعاقد يتعلق بعقار كانت الملكية للاصيل فيما بينه وبين وكيله وان كانت للوكيل المعير اسمه فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك الى أنه مهما كان للوكيل المسخر بملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة ، فانها ملكية صورية بالنسبة للاصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الامر بينهما ، وينتج عن ذلك ان الاصيل لا يحتاج ـ لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه ـ الى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية اليه ، اذ يعتبر الاصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى أى اجراء وانما يلزم هذا الاجراء فى علاقة الاصيل بالغير : نقض مدنى فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٧١٣ ـ ونقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ المجموعة السابقة السنة ١٥ =

باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله الى العميل بعقد جديد ، فيكــون هناك عقد سمسرة (وكالة) مقترنا بعقدى بيع على النحو الذى رأينـــاه فى المسخر (١) .

٥ ـــ وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل الفرض الآتى : يريد شخص ان يقترض من آخر ، فيعمـــد الى

= ص ١٠٧١ ـــ ونقض مدنى فى ٥ مايو سنة ١٩٦٦ المجموعة السابقة السنة ١٧ رقم ١٢٨ ص ١٠١٩ .

كما قضت محكمة النقض بان من المقرر فى قضـــاء النقض ان من يعير اسمه ليس الا وكيلا عمن اعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئا . فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم الا فى أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه فى التظاهر مع انه فى الواقع شأن الموكل ، وينبغى على ذلك ان الوكيل المستتر فى الشراء لا يكتسب شيئا من الحقوق المتولده عن عقد البيع الذى عقده بل تنصرف هذه الحقوق الى الاصيل ، أما فى علاقة الغير بهذا الاصيل فان من المقرر على ما تقضى به المادة ١٠٦ من القانون المدنى ان اثر العقد لا يضاف الى الاصيل دائنا أو مدينا الا فى حالتين هما : اذا كان من المفروض حتما ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب ، نقض مـــدنى فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنه ٣١ رقم ١٢١ ص ١٢٠١ .

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع مع حـــق التقرير بالشراء عـــن الغـــير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العـــلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشـــترى المستتر بانها وكالة ، تجرى احكامها على الاثار التى تترتب على هذه العـــلاقة بين الطرفين وبالنسبه الى الغير ، غير جار على اطلاقه . فان بين أحكام الوكالة والاحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ، فاستناد ملكية المشـــترى المســـتتر الى عقد البيع الاول رغم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشـــترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف احكام الوكالة تمـــاما . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير اســـــناد ملكية المشترى المستتر الى العقد الاول ، وهو أهم ما يقصـــــد من شرط اختيار الغير ، الى افتراض وكالة المشـــــترى الظاهر عن الغير ، الا أن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو اذا لم يعمل هذا الحق ، أو اذا اعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبـــة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس ســـــنة ١٩٥٠ مجمـــوعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

شراء سلعة من المقرض بثمن مؤجل ، ثم يبيعها بثمن معجل ، فيصبح مدينا بالثمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة الى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشترى انما هو مقترض ، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدى بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين انما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الاسلامى ببيع العينة (١) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فاحش ، احتال المتعاقدان للوصول اليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بثمن مؤجل والآخر بثمن معجل . ومتى تبين للقاضى أن هذه هى نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيعين من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة الى الحد المسموح به قانونا . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريمه يحقق هذا الغرض فى كثير من الأحوال ، فيتخذ وسيلة الى القرض بربا فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عينا ، وانما هو يرهنها عند المشترى وفاء فاذا رد القرض فى الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشترى قد استولى على الريع وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . واذا لم يرد المقترض القرض فى الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرضا مضمونا برهن . وقد صدر تشريع فى عهد التقنين المدنى السابق يقضى بجعله باطلا باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهنا ، أما فى التقنين المدنى الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لايتخذ ذريعة لمثل هذه الأغراض (٢).

---

(١) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بوتييه Mohatra (بودرى وسينيا فقرة ٢٢) .

(٢) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع _ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة _ تعد تحايلا على القانون ، بما يترتب عليه بطلان البيع ، وللمتعاقد ان يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن ان العقد لم يكن بيعا وانما هو على خلاف =

١٢ - أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة : وعقد البيع هو أكثر العقود شيوعا فى التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية • وحتى قبل أن تتسع ميادين التجارة وتتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسى فى مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة الا ويكون على رأسها عقد البيع (١) •

ولم يكن البيع معروفا فى البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكتشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ثم النقود • فكان الناس فى أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح الا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع

= نصوصه يخفى رهنا : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٩٠ ص ٥٧١ •

كما قضت محكمة النقض بان النص فى عقد الصلح على اعتبار بيع الوفاء نهائيا لا رجوع فيه ، لا يعدو ان يكون مجرد نزول من جانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فهو لا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ٢٨ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٥١ ص ٩٤٥ •

وقضت محكمة النقض بان اساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهنا هو عدم مشروعيته ويكون من حق المحكمة اثبات ذلك بالقرائن : نقض مدنى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر •

كما قضت محكمة النقض بان مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ان عقد البيع الذى يستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة المشار اليها (نقض مدنى فى ٢٨ يونية سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥١ قضائية ، لم ينشر) •

وقضت محكمة النقض أيضا بأن المادة ٤٦٥ من القانون المدنى انه يشترط فى بيع الوفاء الذى ببطله القانون أن تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات البيع بل يجوز اثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع (نقض مدنى فى ٢١ يونية ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥١ قضائية لم ينشر) •

(١) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد فى رحاب عقد البيع (الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣ ص ٧) • وفى الفقه الاسلامى بوجه خاص ، احكام عقد البيع هى المصدر الاول الذى يستخلص منه احكام عامة لنظرية العقد •

المرغوب فيها والتقايض عليها • فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات أصبحت المقايضة كطريق للتعامل عسيرة المتناول وقل أن تفى بالأغراض المختلفة التى جدت للناس • وكان لابد من ايجاد سلعة عامة تقوم بهـا جميع السلع ، وتكون هى الواسطة فى التبادل • فكانت المعادن الثمينـة هى السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشترى منهما ثمن ما يشتريه • ثم أنشئت دور لسك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابـة عليها فى البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذا الدور الى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هى التى تسك العملة • وهكذا ظهـرت النقود وساطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد فى جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الاول الذى يتعامل به الناس • على أن كل هذا لم يتم الا تدرجا ،فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة فى معاملاتها ، حتى أن الفقه الاسلامى يجعل البيع شاملا لها كما تقدم القول •

ولم تختف المقايضة تماما من ميادين التعامل ، فقد يقع أن يتقايض شخصان شيئا بشىء ، فاذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن فى دور ثانوى كمعدل (soulte) للقيمتين • ومن ثم نظم المشرع عقـد المقايضة عقب البيع ، دون أن يفيض فى هذا التنظيم لقلة الحاجة الى هذا العقد ولأن أحكامه هى عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقـدين الا فى طبيعة المقابل فهو نقد فى البيع وعين فى المقايضة • وحـظ المقايضـة فى التعامل الخارجى أوفر من حظها فى التعامل الداخلى ، فكثير من الدول فى العصر الحاضر ، بعد تعقد شؤون النقد ، تتفق فيما بينها على تقايض السـلع •

١٣ ـ **تنظيم عقد البيع فى التقنين المدنى السابق :** أفاض التقنين

---

(١) وقد هجرت العملة المعدنية فى العصر الحاضر ، وحل محلهـا العملة الورقية .

المدنى السابق فى تنظيم عقد البيع (١) ، فعوض بهذا التبسط اقتضابه فى نصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع • على أنه بالرغم من تبسطه فى تنظيم عقد البيع ، ولم يراع ترتيبا علميا واضحا فى تنسيق نصوصه • ونترك الكلام للمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، حيث تنعى هذا النقص على التقنين المدنى السابق فىالعبارات الآتية :

« أما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالى (السابق) ترتيبا علميا واضحا • فقد خصص الفصل الاول لاحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئا من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون اثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن مصروفات العقد على المشترى وهذه هى المسألة الوحيدة التى يمكن ادخالها فى أحكام البيع • أما المسائل الأخرى فمن الواضح أن العنوان الذى وضع لها لا يصدق عليها ، ثم ان كثيرا منها ليس الا تكرارا لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالاثبات (م ٢٣٧ / ٣٠٢ ــ ٣٠٣) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل (م٢٣٨/٣٠٤) والبيع التخييرى (م ٢٤٤/٣١٠) • وخصص الفصل الثانى للمتعاقدين ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية، ثم انتقل الى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه •وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (٢)•

---

(١) خص التقنين المدنى السابق عقد البيع بمائة واحدى وعشرين مادة وزعت على سبعة فروع ، فكان حظه من التنظيم أوفر من أى عقد آخر •

(٢) هذه مسألة فيها نظر ، فقد عمدنا ، فى شرحنا هذا للبيع ، الى أن ندمج هذه المسائل فى أركان البيع فى الاماكن المناسبة • فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالا وثيقا بركن فى البيع هو المبيع •• وبيع المريض مرض الموت يتصل ايضا بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض فى شيء مملوك له رعاية لحق الورثة • وبيع النائب لنفسه يدخل فى النيابة فى التعاقد، وهذه تتصل اتصالا وثيقا بالتراضى كركن فى البيع ، فيجوز صدور الرضاء من الاصيل او من النائب •

وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئا من المنطق ، الا أنه أورد فى هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب افراده بمكان خاص(١) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذى عنون بها خطأ الفصل الأول . وقد بسط فى هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشترى على ترتيب لايؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس للغبن فى البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعى عند الكلام فى تقدير الثمن » (٢) .

١٤ — تنظيم عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد — ما استحدثه هذا التقنين من التعديلات : أما التقنين المدنى الجديد فقد كان أكثر منطقا فى ترتيب نصوصه ، اذ استعرض فى أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشترى .

ففى أركان البيع خص بالذكر المبيع والثمن . استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، واشترط فى الثمن أن يكون نقدا مقدرا أو قابلا للتقدير ، ثم استطرد الى الغبن على اعتبار أنه يرد قيدا على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن .

واستعرض التزامات البائع ، وهى نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر فى الالتزام بنقل الملكية ما هى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية فى الشىء المبيع جزافا . وفى الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أى شىء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم ، وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من تقع تبعة هذا الهلاك . وفى الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق

---

(١) وهذه أيضا مسألة فيها نظر . فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث ان الاصل أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وهذا يجر الى الكلام فى بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه فى شرحنا .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧ — ص ٨ .

وضمان العيوب الخفية ، وبين فى كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه •

واستعرض أخيرا التزامات المشترى ، وهى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع • فقرر فى الالتزام بدفع الثمن ما الذى يدفعه المشترى ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن • واقتصر فى الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفى الالتزام بتسلم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذى يتحمل نفقته •

وقد توخى التقنين المدنى الجديد فى كل ما تقدم ألا يقرر حكما يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، الا اذا كان فيه شىء من الخفاء ، أو كان فى حاجة الى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر (١) • واذا كان التقنين المدنى السابق قد تبسط فى تنظيم عقد البيع على النحو الذى قدمناه ، فان التقنين المدنى الجديد وجد مع ذلك السبيل واسعا الى التنقيح ، فأضاف نصوصا جديدة ، وحذف نصوصا معقدة ، وعدل أحكاما معيبة ، وصحح أخطاء وقعت فى بعض النصوص • وهذه أمثلة على ما تقدم وردت فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (٢) :

« أضاف نصوصا جديدة فى البيع بالعينة ، وتقدير الثمن لأسس معينة أو وفقا للسعر المتداول فى التجارة والبيع بثمن مقسط ، وأبقى حق المشترى فى ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حسن النية بحق

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨ ـ ص ٩ ـ وتمثل لذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فتقول : « من ذلك تحديد الاعمال الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية فى الشىء المبيع جزافا ، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، والاتفاق على تعديل الضمان ، وحبس الثمن ، وحبس المبيع ، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ـ ص ٩ ص ١٠) •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠ ـ ص ١٢ •

المتعرض ، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان اذا هو رد للمشترى ما دفعه للمستحق توقيا من استحقاق المبيع ، وأضاف الى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل » •

« وحذف نصوصا معقدة أو نصوصا لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فى ذكرها فائدة • من ذلك اثبات البيع وما يدخل عليه من الأوصاف ، وأهلية كل من البائع والمشترى ، وعيوب الرضاء ، والبيع للأعمى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى » •

« وعدل أحكاما معيبة ، وحدد أحكاما مبهمة ، وأوجز فى أحكام مسهبة • من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع الذاق ، وعلم المشترى بالشىء المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصيا ، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لا بثمانية أيام من وقت العلم بالعيب » •

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالى « السابق • من ذلك تبعة الهلاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت، ونقل الملكية بالتسليم فى المنقول » •

«هذا الى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع الى الالتزامات بوجه عام أو الى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع • من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق فى التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع فى البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية فى العقار والمنقول بالعقد ، واضعاف التأمينات ، ونظرة الميسرة » •

١٥ ـ **خطة البحث** : والخطة التى نتبعها فى بحث عقد البيع أن نتكلم فى أركان هذا العقد ، ثم فى الآثار التى تترتب عليه فى فصلين متعاقبين •

ونبحث أنواع البيوع التى أفرد لها التقنين الجديد مكانا خاصا بها ــ بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه ــ كل نوع فى المكان المناسب له فى الفصل الأول الذى خصصناه لأركان البيع . واذا كان المشرع ، من ناحية السياسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكانا خاصا بها حتى يسهل العثور عليها ، فان الفقيه من ناحية البحث العلمى ، يتردد كثيرا فى تعقب أثر المشرع فى هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع ثوب الفقهى الذى يلائمه فى البيئة التى ينتمى اليها ، فان هذا يعين كثيرا على تفهم طبيعة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفا قانونيا صحيحا ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها فى المكان المناسب له ، ولا ايراد النواحى العملية وتطبيقات القضاء فى كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهى سليم يساعد كثيرا على ادراك حظ هذه التطبيقات العملية من الاصابة والسداد .

الفصـل الأول

أركان البيع

١٦ ـ **تطبيق القواعد العامة :** أركان العقد ، فى نظريته العامة ، هى التراضى والمحل والسبب • والسبب فى عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل فى نظرية السبب فى العقد بوجه عام • ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع : التراضى والمحل •

الفـرع الأول

التراضى فى عقد البيع

١٧ ـ **شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيـوع المشروطـة :** هناك شروط للانعقاد فى التراضى ، وشروط للصحة • وقد رأينا كـل ذلك فى العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيـع بالذات • ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فان البيع من أوفر العقود حظا فى هذه الأوصاف ، وبخاصة فى وصـف منهـا هـو الشرط •

فنتكلم اذن ، فى مباحث ثلاثة متعاقبة ، فى شروط الانعقاد فى عقد البيع ، ثم فى شروط الصحة ، وننتهى بالكلام فى بعض بيوع مشروطـة لها شأن ملحوظ فى مجال التعامل •

شروط الانعقاد

١٨ ــ التبايع أصالة والنيابة فى التبايع : الأصل أن يتابع المتعاقدان اصالة عن نفسيهما (١) • ولكن كثيرا ما يتم التبايع بطريق النيابة ، اما عن البائع واما عن المشترى واما عن كليهما •

المطلب الأول

التبايع اصالة

١٩ ــ القواعد العامة : عرفنا فى القواعد العامة لنظرية العقد أن شروط الانعقاد فى التراضى هى تلاقى القبول بالايجاب وتطابقهما • وقد يكون التعاقد بين غائبين ، فيتم العقد فى الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول الى علم الموجب (٢) ، ويعتبر وصول القبول الى الموجب قرينة على علمه به الى أن يثبت العكس • وقد بسطنا القول فى كل ذلك فى النظرية العامة فى العقد ، فتنطبق هذه الأحكام فى عقد البيع على النحو الذى قدمناه (٣) •

---

(١) وهناك حالات نص عليها القانون يباع فيها الشىء على صاحبه فلا يشترط رضاه مثل ذلك نزع ملكية الشىء وفاء لدين على صاحبه ونزع الملكية للمصلحة العامة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧) •

(٢) استئناف وطنى ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٢٣٨ ــ استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠ •

(٣) فيجوز التعبير عن البيع والشراء باللفظ والكتابة والاشارة والمشكوكة ، ويكون التعبير صريحا او ضمنيا • ويجوز العدول عن الايجاب قبل أن يرتبط به القبول ، الا اذا عين فى الايجاب ميعاد لقبوله فيلزم الموجب البقاء على ايجابه طول هذا الميعاد • واذا مات من صدر منه القبول او فقد =

وقد يكون البيع صوريا، وقد بحثنا الصورية فى الجزء الثانى من الوسيط ، فنحيل الى ما قدمناه فى ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هى الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه . والتقايل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا الى أحكام التقايل فى النظرية العامة للعقد فى الجزء الأول من الوسيط .

والذى نقف عنده هنا مسألتان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

١ — تطابق الايجاب والقبول ، من ناحية العناصر التى يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للايجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق اثباته وقواعد تفسيره.

٢ — الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون .

١ — تطابق الايجاب والقبول

٢٠ — **العناصر التى يتطابق فيها الايجاب والقبول** : كانت المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تجرى على الوجه الآتى : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والثمن » . وهذا النص مأخوذ من المادة ٢٣٦/٣٠١ من التقنين المدنى السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم

= أهليته قبل أن يصل القبول الى الموجب ، فان ذلك لا يمنع من أن يتم البيع اذا وصل القبول الى علم الموجب . فهذه الاحكام جميعا وغيرها من الاحكام التى سبق أن أوردناها فى نظرية الالتزام بوجه عام فى صدد العقد تسرى على البيع كما تسرى على العقود الاخرى ، فيرجع فى ذلك الى الجزء الاول من الوسيط حيث ذكرت هذه الاحكام تفصيلا .

البيع الا اذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيـــع والآخـــر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه » • ولمـــا تلى نص المشروع التمهيدى فى لجنه المراجعه ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) •

فيجب اذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذى يقصـــدان ابرامه . وهو البيع (٢) • فلو قصد احدهم رهنا وقصد الاخر بيعـــا ؛ بان قال صاحب الدار للمتعاقد الاخر خذ هذه الدار وأعطنى ألفا وقصد ان يرهنها بهذا المبلغ . وقبل الاخر هذا الايجاب معتقدا ان صـــاحب الدار يبيعها لا يرهنها ، فان الايجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيـــع ولا على الرهن . فلا يوجد بيع ولا رهن •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضـــيرية ٤ ص ١٤ ــ ص ١٥ فى الهامش • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « النص مطابق للتقنين المصرى الحالى (السابق) م ٢٣٦ / ٣٠١ • وهو ان كان مجرد تطبيق للقواعد العامه ، الا انه يرمى الى غرضـــين : (أولا) ان يمهد بذكر المبيع والثمن لايراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنيـــن (ثانيا) ان يبين أن البيع عقد رضائى لا يشترط فى تمامه تسجيل ولا كتابة » •

وقد نصت المادة ٣٨٨ من تقنين الموجبـــات والعقود اللبنانى على انه « لا يكون البيـــع تاما الا اذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيـــع والثمن » ونصت المادة ٣٧٣ من نفس التقنين على ان « صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشرائط العامة لصحة الموجبات العقدية » •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان عقد البيع لا ينعقـــد الا اذا اتفـــق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصــــــدان ابرامه بحيث يتلاقى الايجاب والقبول على حصـــــــول البيع ، فاذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت استخلاصـــــا سائغا من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها ــ المفصحين عن ايجاب الشركة وقبول وزارة التموين هذا الايجاب ــ ومن الظروف التى لابست المتعاقد ان نية الطرفين لم تنصرف الى البيع ، بل الى الاتفاق على زيادة مقطوعية السكر المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الاخيرة كمية من السكر من الخارج ، وكانت الاسباب التى استندت اليها تبرر قانونا هذا التكييف ، فان النعى على الحكم ــ فى هذا الخصوص ــ بمخالفة القانون يكون فى غير محله : نقض مدنى فى ١٠ يناير ســـــنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ صفحة ٩٣ •

ويجب أن يتفقا على الشىء المبيع ، فلو كان للبائع داران وعرض على شخص أن يبيعه احداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى فقبل شراءها لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع ان يبيع دارا وقصد المشترى ان يشترى أخرى (١) .

ويجب أخيرا أن يتفقا على الثمن . فلو طلب البائع فى الدار ألفا ولم يقبل المشترى ان يشتريها الا بتسعمائة لم يتم البيع لان المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كانت المحكمة قد بينت من واقع الدعوى ان التبايع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها ارادة المشترى مع ارادة البائع وان ما جاء فى العقد خاصا بحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودهما بذكر احدهما مكان الآخر ، فانها لا تكون مخطئة اذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الارادة المفسد للرضا : نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٦٤٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٢ صفحة ٨٣٤ .

(٢) نقض مدنى ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ١٩٧ — ويعرض الفقه الفرنسى مقتفيا اثر بوتييه لفرض بعيد الوقوع فى العمل : يطلب البائع فى الدار الفا ويقبل المشترى ان يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يذهب بوتييه الى أن المشترى وقد رضى أن يشترى بألف ومائتين يكون راضيا دون شك ان يشترى بألف ، فيتم البيع على الف (بوتييه فى البيع فقرة ٣٦ — بودرى وسينيا فقرة ٢١ ص ١٥) . واذا قيل ان البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضيا دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على الف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الاصلح للملتزم بالثمن — هو المشترى — هو الحل الذى يؤخذ به ، فيتم البيع على الف لا على الف ومائتين . وتنص المادة ١٧٨ من مجلة الاحكام العدلية على أنه « تكفى موافقة القبول للايجاب ضمنا ، فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا المال بألف قرش ، وقال المشترى اشتريته منك بألف وخمسمائة ، انعقد البيع على الالف ، الا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس لزم المشترى حينئذ أن يعطيه خمسمائة القرش التى زادها أيضا وكذا لو قال المشترى البائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعته منك بثمانمائة ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الالف » .

ونفرض فيما قدمناه أن المشترى وقت أن زاد فى الثمن أو ان البائع وقت أن نقص فيه قد وقع فى غلط . لكن قد يحدث أن المشترى يبدأ بعرض ثمن معين ، ويأبى ضمير البائع أن يسايره فى هذا الثمن ، فيقبل البيع =

واذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضروريا ليتم البيع ، فهو أيضا كاف ، ولا ضرورة لتمام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فيتم البيع اذن حتى لو سكت المتبايعان عن تحديد وقت

= بثمن أقل هو الثمن العادل فى نظره ، فهنا يكون ايجاب المشترى قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع ايجابا جديدا (م ٩٦ مدنى) ، ويعتبر سكوت المشترى والايجاب الجديد نافع له نفعا محضا قبولا لهذا الايجاب الجديد ، فيتم البيع على الثمن الاقل . واذا بدا البائع يطلب ثمن معين ، فأبى ضمير المشترى الا ان يزيد فى الثمن ، فقبول المشترى الشراء بالثمن الاكبر ايجاب جديد يقبله البائع بسكوته ، فيتم البيع على الثمن الاكبر (أنظر فى هذا الاستاذ سليمان مرقس ٣٢) .

والعبره بنية المتعاقدين ، وتستخلص النية من القرائن فى كل من الفقه الغربى والفقه الاسلامى . جاء فى الفتاوى الخانية « رجل ساوم رجلا بثوب ، فقال البائع أبيعه بخمسة عشر ، وقال المشترى لا آخذه الا بعشرة ، فذهب به، ولم يقل البائع شيئا . فهو بخمسه عشر ان كان المبيع فى يد المشترى حين ساومه ، وان كان فى يد البائع فأخذه منه المشترى ولم يمنعه البائع فهو بعشرة . ولو كان فى يد المشترى وقال لا آخذه الا بعشرة وقال البائع لا أبيعه الا بخمسة عشر ، فرده عليه المشترى ، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئا ، فذهب به المشترى ، فهو بعشرة » (شرح المجلة لسليم باز فى ١٧٨ ص ٨٣) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا عرض المشترى فى انذاره للبائعين تنقيص الثمن فرفض البائعون فى انذارهم الذى ردوا به على انذار المشترى وأعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الانذار انهم يعتبرون ما تضمنه عرضا من جانب المشترى للفسخ وانهم يقبلون ، فانه طالما ان قبولهم هذا القبول يعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا بالفسخ وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٥٩ ص ٣٩٤ .

(١) استئناف وطنى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفى صدد توافق الايجاب والقبول فى البيع قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع يتم بتوافق الايجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ — ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨) ، فلا البيع يتم اذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملا (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ — ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ — ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ — ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٣ — ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ — ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩) . ويجوز أن يغنى عن توقيع المشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضة للعين المبيعة او تصرفه فى المبيع مستندا الى عقد البيع =

تسليم المبيع ، أو عن تحديد وقت دفع الثمن ، أو عما اذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج ، أو عمن يلتزم بدفع مصروفات البيع ، أو عن نحو ذلك من المسائل . فمادام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١) . ويكون المبيع واجب التسليم فورا ،

= (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ ـ ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ ـ ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢١٠ ـ ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ ـ أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ ـ ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ ـ ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ ـ ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ ـ ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٧٣ ـ ١٤ مايو سنة ١٨٦١ م ٣ ص ٢٢٤ ـ ٢١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ ـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٦٥ م ٨ ص ٥١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن البيع الموقع عليه من البائع وحده يلزمه ويجوز للمشترى اجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون نافذا فى حق الغير حتى لو سجل (١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢ ص ١٠ ـ ١١ يناير سنة ١٨٦١ م ٨ ص ٦٦ ـ ولكن حكم يكون نافذا فى حق الغير لو سجل : ٢ مارس سنة ١٨١١ م ٨ ص ١٢٨) . ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشترى على عقد البيع الا ممن له مصلحة فى ذلك كمشتر آخر من البائع او دائن مرتهن (١٠ يناير سنة ١٨٦١ م ٨ ص ٢٧ ـ ١٦ مايو سنة ١٨٦٦ م ٦ ص ١٢٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن مجرد ارسال كتاب من صاحب السلعة بعرض سلعته لا يكون الا ايجابا غير مقترن بقبول الطرف الآخر (١٤ ابريل سنة ١٦٠٢ م ١٤ ص ١١٢) وبأن مداولات مجلس ادارة الشركة للترخيص لمدير الشركة فى ايقاع البيع لا تعتبر ايجابا (٢٥ يونية سنة ١٦١٨ م ١٠ ص ٤٩٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة فى مفكرة المدعى والموقع عليها من المدعى عليه ، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع للمدعى الصنف المبينة أنواعه وأوصافه فيها ومقدار كل نوع منه وثمنه وتشتمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع ولو أنها مذيلة بعبارة « وهذا لحين تحرير الشروط » ، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فرأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق بباقى شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضحت من الطريقة التى بينتها فى حكمها وقالت انهما اتبعاها طوال مدة تنفيذ هذا العقد ، فانها اذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التعهد المأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئيا ، واذ استكملت شروط الاتفاق من العناصر الاخرى القائمة فى الدعوى ، تكون قد استخلصت ذلك مما ينتجه ، فلا تصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع فى تقرير الوقائع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤) .. وقضت من جهة أخرى بأنه متى كان الاقرار المتنازع على تكييفه صريحا =

ويكون الثمن واجب الدفع فى الحال ، واذا كان الثمن مؤجلا ولم يتفق على فوائد لم تستحق الفوائد الا فى حالات خاصة ، واذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشترى . فها نحن نرى أن هذه المسائل التى لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها . ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذى قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضاء المتعاقد الآخر (١) .

ولكن اذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع او ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فان البيع لا يتم . لانهما عرضا للمسأله ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم اذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد الا يتم البيع الا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدنى على أنه « اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ،

= فى الافصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التى ارتضاها ، وكان المتمسك بهذا الاقرار ينازع فى انعقاد البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقى الايجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع ، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير منعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٢) . وقضت بأنه اذا أودع عقد البيع والثمن أمانة عند أجنبى ، وقرر الاجنبى ان السبب فى الايداع هو ان البائع كان باع نفس المبيع لشخص آخر واشترط الا يكون هذا البيع الثانى باتا الا بعد التقايل من البيع الاول ، كيف البيع الثانى بانه بيع معلق على شرط واقف هو التقايل من البيع الاول (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت من وقائع الدعوى التى أوردها الحكم ان راغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر الى المطالبة باتمام الصفقة ، ووجه فى الوقت المناسب انذارا للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمى ، وانتهى الحكم رغم ذلك الى القول بأن المشترى عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى اليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلص اليه ، فانه يكون معيبا متعينا نقضه (نقض مدنى ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩) .

فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (١) » .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل فى الايجاب ألا يكون ملزما ، فيجوز للموجب الرجوع عنه الى أن يلتقى به القبول . ولكن اذا مات من صدر له الايجاب أو فقد أهليته بعد صدور التعبير عنه ، فان ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٣) .

٢١ ـ صور عملية للايجاب : قد يتخذ الايجاب صورا عملية مألوفة ، فتعمد المتاجر الى عرض سلعها عن طريق النشرات والاعلانات و « الكتالوجات » وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بيانا تفصيليا لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها . وقد يعمد المتجر الى عرض عينات من السلع التى يبيعها على الجمهور فى واجهة المكان الذى يتجر فيه ، ويضع الى جانب كل سلعة منها بيانا بالثمن الذى يبيعها به (٤) .

---

(١) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات خزن المبيع المدة التى بقى فيها مخزونا ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتعين المحكمة المتعاقد الذى يتحمل هذه المصروفات طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة .

(٢) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٣) م ٩٢ مدنى ـ الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لا يلزم لانعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول فى محرر واحد ، اذ يجوز استخلاص ذلك من مسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٩ ص ٧١ .

كما قضت محكمة النقض بان الايجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن ارادته فى ابرام عقد معين بحيث اذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد : نقض مدنى فى ١٩ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٥٩ ص ١٠١٧ .

(٤) وقد جاء فى الجزء الاول من الوسيط فى هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح اخيرا باتخاذ اى موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكا فى =

كل هذه صور عملية للايجاب أصبحت الآن مألوفة فى التجارة ، والخصيصة التى تشترك جميعا فيها هى أن الايجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، اذ هو موجه للجمهور فى مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا ايجابا صحيحا ، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه اليه الايجاب ، ولا يهمه الا أن يبيع سلعته لأى شخص يتقدم لشرائها بالثمن الذى حدده لها . ومن ثم اذا تقدم أى شخص من جمهور الناس الى المتجر ، وقبل أن يشترى السلعة المبينة فى النشرة أو فى الاعلان أو الكتالوج أو الموضوعه فى الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولا صحيحا لايجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الايجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشترى .

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية :

١ — عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والاعلانات و « الكتالوجات » يكون فى الغالب دعوة الى التعاقد لا ايجابا كاملا ، فاذا تقدم شخص الى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلع المبينة فى نشرة أو اعلان أو « كتالوج » غير موجه اليه شخصيا ، كان هذا ايجابا من صاحب السلعة لا قبولا ، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا الى شراء سلعته الا اذا استند فى ذلك الى أسباب مشروعة (١) . أما اذا

= دلالته على حقيقة المقصود . فعرض التاجر لبضاعة على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر ايجابا صريحا ، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيرا صريحا » .

(الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٧٦ ص ٢١٧ — ص ٢١٩) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا =

كانت النشرة أو الاعلان أو الكتالوج قد أرسل الى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه اليه ايجابا ، فان هذا يعتبر ايجابا كاملا ، فاذا استجاب له من وجه اليه كان هذا قبولا وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع فى تعاقده وكذلك عرض السلعة فى واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر ايجابا لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الايجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فاذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولا وتم البيع . أما اذا كانت السلعة غير معروضة فى واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها ، وكان دخول المتجر مباحا للجمهور كما هى العادة وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا ايجابا منه اذا قبله العميل تم البيع . أما اذا لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن

= المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفض ، مالم يكن قد دعا اليه فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد الا اذا استند الى أسباب مشروعة» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ – ص ٤٦) . وجاء فى الجزء الاول من الوسيط فى هذا الصدد : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الايجاب وتدعوهم اليه ، كالتجار فى النشرات والاعلانات وقوائم الاسعار التى يوجهونها الى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال الى العمل فى صناعاتهم . فاذا استجيبت هذه الدعوة الى التعاقد ، كانت الاستجابة ايجابا يمتاز عما عداه من ضروب الايجاب لان من وجه اليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتى : « وليس هذا الاثر القانونى الا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقا من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ اساءة استعمال الحق ، أو التعسف فى استعماله . على أن الاساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . ويقع تعميد المشرع اغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التعسفى . فمثل هذا الرفض يرتب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال ، اذا كان هذا الجزاء كافيا . ويجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب الى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض اذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش » (الوسيط الجزء الأول الطبعة الثالثة ، المجلد الأول فقرة ١٣٢ ص ٢٧٥ – ص ٢٧٦) .

لا يستطيع العميل ادراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر الى تحديد الثمن ، فان عرض السلعة على العميل فى هذه الحالة لا يعتبر ايجابا ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الايجاب .

٢ ـ فى الحالات التى يقوم فيها بالايجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق النشرات والاعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقى عنده منها شئ . فاذا نفدت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نفاذ السلعة بمثابة رجوع منه فى الايجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة الى اعلانه (١) . فلا يكون التاجر ملزما باجابة العميل الى طلبه .

٣ ـ الايجاب الذى يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبقى فيه قائما ، فاذا انقضى الميعاد سقط الايجاب من تلقاء نفسه . أما اذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر انما قصد أن يقوم ايجابه فى خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف فى التجارة . فاذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة . لم يكن التاجر ملزم باجابته الى طلبه .

٤ ـ اذا لم يكن عند صاحب المتجر شئ من السلعة وقت أن أصدر ايجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبررا الى أنه لا يجيب أى عميل الى ما يطلب ،والا كان الايجاب الذى أصدره لا معنى له . وانما هو أراد بايجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها فى وقت مناسب . فما دامت المدة المعقولة لقيام الايجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق فى طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة توريدها له فى وقت

---

(١) او يقال ان الايجاب يقوم مادامت السلعة موجودة عند التاجر ، فاذا نفدت سقط الايجاب من تلقاء نفسه .

مناسب بهذا الثمن ؛ وليس له أن يحتج بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التى نفدت (١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل فى هذا الصدد على النص الآتى (م ١٤٣ من المشروع) :

١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجابا .

٢ - أما النشر والاعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك ايجابا ، وانما يكون دعوة الى التفاوض (٢) » .

فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة اليه ، اذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٣) .

٥ - وفى حالة البيع بالمزاد نص المشرع فى المادة ٩٩ من التقنين المدنى على انه « لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد » ، ومفاد ذلك أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر ايجابا ، وانما الايجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء ، أما القبول فلا يتم الا بارساء المزاد (٤) .

---

(١) انظر فى كل ما تقدم من القيود بودرى وسينيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والاعلانات وقوائم الاسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور او الافراد تعتبر فى الاصل دعوة لحث الناس على الايجاب . فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها الى الايجاب النهائى الملزم الذى ينقلب الى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وانما ينصرف هذا الحكم الى مجرد الدعوة للتقدم بالايجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر ايجابا نهائيا ملزما ، يمتاز عما عداه من ضروب الايجاب بأن من وجه اليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش) .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش - الوسيط ١ ص ٢١٨ هامش رقم ٢ .

(٤) نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة =

٦ ـ وفى حالة بيع الدولة لاملاكها الخاصة ، لا يتم التعاقد بين مصلحة الاملاك وبين طالبى الشراء الا بالتصديق عليه من وزارة المالية، اذ أن هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه ،ولا يعتبر اعلان هذه المصلحة عن رغبتها فى البيع ولا الاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسة على الثمن ايجابا من جانبها ، ذلك ان الايجاب فى هذه الحالة انما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد الا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع (١) .

٢٢ ـ **شكل عقد البيع** : ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل خاص ، فهو ليس بعقد شكلى ، بل هو عقد رضائى . فمتى تم الاتفاق على البيع والمبيع والثمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة الى ورقة رسمية بل ولا الى ورقة عرفية . فمجرد تطابق الايجاب والقبول يكفى ، شأن البيع فى ذلك شأن كل عقد من عقود التراضى (٢) .

= ١٥ رقم ١٣ صفحة ٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض بانه وان كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليه طبقا للمادة ٩٩ من القانون المدنى يترتب عليه سقوط العطاء الاقل ، الا انه لايترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الاعلى وبين الداعى للمزايدة لان التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس الا ايجابا من صاحب هذا العطاء فلابد لانعقاد العقد من ان يصادفه قبول بارساء المزاد عليه ممن يملكه ، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده وقام باخطار الطاعن برفض عطائه ، فان عقدا ما لا يكون قد انعقد بينهما : نقض مدنى فى ١٢ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ٩٥٧ .

(١) نقض مدنى فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٦٢ ص ٤٥٠ .

(٢) استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٩٧ ـ ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ ـ ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ ـ استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجوز أن يكون البيع خطيا أو شفهيا مع مراعاة القواعد الموضوعة لبيع الاموال الثابتة » . وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائيةعقد البيع، فكانت المادة ٢٣٧ وطنىعلى انه «يجوز ان يكون البيع =

على أنه قد ينص القانون فى بعض حالات استثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيوع ، وذلك كبيع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعا كاملا باتا ، وانما اتفقا على أن يعدا ورقة عرفية كدليل لاثبات هذا البيع ، امعانا منهما فى الحصول على وسيلة قوية للاثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائى ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، واذا مات أحد المتابعين قبل اعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة فى اعداد هذه الورقة . وسنعود الى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى العقد الابتدائى . ولا يكون البيع الابتدائى فى هذه الحالة عقدا شكليا ، بل يبقى عقدا رضائيا ، أما البيع النهائى فيكون عقدا شكليا بموجب الاتفاق . فاذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة فى اعداد الورقة المتفق عليها أمكن

= بالكتابة أو بالمشافهة » ، وتقابلها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز ان يكون بالكتابة بسند رسمى او غير رسمى » ، والمادة ٣٠٣ مختلط : « البيع يكون بالمشافهة او بالاشارة » .

هذا ولم يغير قانون التسجيل فى العقار من رضائية البيع ، فسنرى أن بيع العقار لايزال عقدا رضائيا والتسجيل ليس ضروريا الا لنقل الملكية .

(١) وقد نصت المادة ٣ من تقنين التجارة البحرى على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريا يلزم أن يكون بسند رسمى ، سواء حصل قبل السفر أو فى اثنائه ، والا كان البيع لاغيا » .

واذا كان الثمن ايرادا مرتبا ، لم ينعقد البيع الا بالكتابة فيكون عقدا شكليا ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدنى على أن « العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا » . وتقضى المادة ٢/٣٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف فى استغلال مصنفه لا ينعقد الا بالكتابة ، وقد يكون التصرف فى المصنف بيعا فيكون البيع فى هذه الحالة شكليا .

وتعتبر بيوعا شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب .

الطرف الآخر اجباره على ذلك قضاء ، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

(الأمر الثانى) أن يكون المتعاقدان قد أرادا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم الا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين . فاذا أخل الواعد بالتزامه ولم يساهم فى اتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها أجبره الطرف الآخر على تنفيذ التزامه عينا بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع فى هذه الحالة يكون شكليا لا يتم الا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذى يصدر لاجراء البيع ،ولا يعتبر الحكم موجودا الا من وقت كتابة الورقة أو من وقت صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجودا من وقت الاتفاق الأول .

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعا كاملا باتا كما فى الحالة الاولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما فى الحالة الثانية . وانما قصدا اعداد مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئيا ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وفى هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزما لأحد منهما ، ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء (1) . فاذا ما قبل الطرفان ابرام البيع بعد ذلك عن طريق

---

(1) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان حكم محكمة أول درجة الذى ايده الحكم المطعون فيه لاسبابه قد اعتبر سند الدعوى مجرد مشروع لعقد بيع ، وهو ما لم يكن محل طعن من الطاعنين مما مقتضاه ان هذا المشروع لا يكون ملزما لاى من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء ، ولما كانت العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ ، واذ قرر الحكم المطعون فيه ان السند المذكور يتضمن اقرارا من المطعون عليه العاشر ومورث الطاعنين بقبض مبلغ ٥٥٠ جنيها من مورث المطعون عليهم =

كتابة الورقة المتفق عليها ، فان البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون البيع شكليا فى هذه الحالة (١) ٠

٢٣ ــ اثبات عقد البيع : عقد البيع يثبت طبقا للقواعد العـــامة

= النسبه الأول وقضى بالزامهما برد هذا المبلغ ٠ فان الحكم لايكون قد خالف القانون ويكون النعى عليه بانه قضى برد المبلغ قبل القضاء بفسخ الاتفاق على غير اساس : نقض مدنى فى ١ ديسـمبر سنه ١٩٧٠ مجموعه احكام النقض السنه ١١ رقم ١٦٦ ص ١٥٩٢ ٠

كما نصت محكمه النقض بان المفاوضة ليست الا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها اى اثر قانونى ، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضـــه فى الوقت الذى يريد دون ان يتعرض لأيه مســـئوليه او يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل الا اذا اقترن به خطأ تتحقــق معه المسئولية التقصيريه اذا نتج عنه ضرر بالطرف الاخر المتفاوض وعبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف ، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن اتمام المفاوضـــة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ او الدليل على توافره بل يجب ان يثبت الخطأ من وقائع اخرى اقترنت بهـذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصـيرية : نقض مدنى فى ٩ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض الســـنة ١٨ رقم ٥٢ ص ٣٣٤ ٠

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقره ١٧ ــ وانظــر أيضا لـــوران ٢٤ فقرة ١٢٨ ــ جيوار ١ فقرة ٩ ــ بودرى وســينيا فقرة ١٨٨ ــ وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يقضى ، اذا اشــترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنهما قصدا ألا يتم العقد الا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلا لا مجرد طريق للاثبات ٠ ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لامكان الاستغناء عنه ، فيرجع اذن فى كل حالة الى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا الشـــكل أو طريق الاثبات ، وما هى قيمة الاتفاق الابتدائى الذى أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم ٠

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى على أن البيـــع « يمكن حصوله بعقد رسمى أو بعقد عرفى » ٠ وكان أصـــل المادة : « بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله بعقد رسمى أو عقد عرفى » ٠ ولكن حذف شرط الكتابة فى بيع العقارات ، وبقيت المادة بعد حذف هذا الشــرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة ٠ والتفسير الصحيح لهذا النص أن للمتبايعين كتابة ورقة رســـمية أو ورقة عرفية اذا أرادا تحرير العقـد ، أما البيع ذاته فيتم بمجـــرد التراضى (لوران ٥ فقرة ١٢٦ ــ فقرة ١٢٧ ــ جيـــوار ١ فقرة ٧ ــ أوبرى ورو ٥ ص ٢٨ هامش رقم ١ مكـــرر ــ بودرى وسينيا ٧ فقرة ١٨٠ وفقرة ١٨٥ ــ الاستاذ أنور سلطان فقـــرة ١٧ ص ٢٥ وهامش رقم ١) ٠

فى الاثبات • وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فاذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١) • وكان التزام المشترى بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال •

ومن ثم يثبت عقد البيع بالبينة أو بالقرائن اذا كان الثمن لا يزيد على عشرين جنيها (٢) • فاذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معلوم القيمة بان كان ايرادا مرتبا مدى الحياة مثلا ، لم يجر اثبات البيع الا بالكتابة او بما يقوم مقامها طبقا للقواعد العامة (١) • ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائى القاضى بوقوع البيع وصحة التعاقد (٢)•

---

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يباع حق معروف المقدار بثمن أقل ، فيكون التزام المحيل قيمته اكبر من قيمة التزام المحال له (الوسيط ١ فقرة ٢١٢) •

(٢) او كان البيع تجاريا ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة ان هى احالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه الى المدعى عليه وقيمة الاشياء المبيعة ، وذلك لان الاثبات فى المواد التجارية جائز بكافة طرق الاثبات (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) • وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه يجوز اثبات البيع التجارى بالقرائن كتصدير البضاعة للمشترى وتسليمها اياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ١٩ ص ٣٢٦) ، وقضت أيضا بانه يجوز اثبات البيع التجارى بفاتورة صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشترى (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١) •

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا قدم المشترى ايصالا بالثمن بتوقيع البائع ، عد الايصال مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح اثبات مساحة الارض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باتا بالبينة (١٥ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٨٩) •

وقد قضت محكمة النقض بانه لا على الحكم المطعون فيه اذا كان قد استخلص من المراسلات المتبادلة بين الطرفين قيام التعاقد بينهما فى مادة تجارية ، وان ارادتهما قد تلاقت فى شأن تحديد قدر المتعاقد عليه : نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٨٢ ص ١٨٦٠ •

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ — وقد كانت العبارة الاخيرة من المادة ٣٠٣/٢٣٧ من التقنين المدنى السابق تنص صراحة على =

٢٤ ـ تفسير عقد البيع : عقد البيع ، كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة فى تفسير العقد .

فاذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجز الانحراف عنهـا من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتبايعين (م ١٥٠/١ مدنى) . ففى تفسير الشروط الظاهرة لا تجيز محكمة النقض لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر الى معنى آخر (١) ، ويعتبر الانحراف عن

= تطبيق القواعد العامة فى الاثبات فتقول : « انما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير نصوص العقد وتعرف ما قصده العاقدان منها ولا سلطان لمحكمه النقض عليها متى كانت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى حصلته : نقض مدنى فى ١٠ يوليه سنة ١٦٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٢٩ ص ٨٩٥ .

كما قضت محكمة النقض بان سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط مقيده بان يبين فى حكمه لم عدل عنه الى خلافه وكيف افادت تلك الصيغ المعنى الذى اخذ به ورجح انه هو مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمه النقض من هذا البيان ان القاضى قد اعتمد فى تأويله لها على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منها : نقض مدنى فى ٢٦ فبراير سنه ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٧٠ ص ٤٦١ .

وقضت محكمه النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير جميع العقود والشروط المختلف عليها بما تراه اوفى بمقصود العاقدين مستعينه فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عباره هذه الشروط ولا تخرج فيه على المعنى الظاهر لها : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٦٧ ص ١١٢٩ .

قضت محكمة النقض ايضا بانه متى التزم الحكم المطعون فيه فى تفسيره للشروط الوارد بالعقد المعنى الظاهر لمدلوله وضمن اسبابه أن هذا المعنى هو الذى قصده المتعاقدان فانه لا معقب عليه فى هذا التفسير : نقض مدنى فى ١٥ يونية سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٩٦ ص ١٢٩٢ .

كما قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود العاقدين مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ، متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط ولا خروج فيها على المعنى الظاهر لها : نقض مدنى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة =

عبارة العقد الواضحة تحريفا لها ومسخا وتشويها مما يوجب نقض الحكم •

أما اذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ (١٥٠/٢ مدنى) • ويستهدى القاضى ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات •

واذا قام شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، البائع أو المشترى ، فان كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١٥١/مدنى) • أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نصت المادة ١٦٠٢/٢ منه على أن « الشروط الغامضة فى عقد البيع تفسر لمصلحة المشترى وضد البائع » ، أى سواء كان البائع هو الدائن أو المدين [1] •

واذا كان البيع من عقود الاذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضارا بمصلحة الطرف المذعن (م ١٥١/ ٢

= احكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٢ ص ٥١٣ •
وقد قضت محكمة النقض كذلك بأن تفسير العقود واستظهار نية طرفيها ، هو أمر تستقل به محكمة الموضوع ، مادام قضاؤها يقوم على اسباب سائغة ، وطالما انها لم تخرج فى تفسيرها للعقد واستظهار نية المتعاقدين عن المعنى الظاهر لعباراته ، وهى فى ذلك لا تتقيد بما تفيده عبارة معينة منها ، وانما بما تفيده فى جملتها : نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٧٠ صفحة ١٩٩٢ •

(١) وقد أورد الفقه الفرنسى على هذا النص قيدين • احدهما انه لايسرى الا اذا أعوز القاضى قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثانى أنه لا يسرى الا فى تفسير الشروط الطبيعية المألوفة فى عقد البيع فاذا وضع المشترى شروطا استثنائية لمصلحته وجب الرجوع الى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٣ ـ بودرى وسينيا فقرة ٢٨٤ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨) • وسنعود الى هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٢٢٥ فى الهامش) •

مدنى) • ففى التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشتريا للمياه والنور والغاز بشروط أملتهـا عليه الشـركة ، ولا يستطيع هو الا أن يذعن لها • فاذا كان هناك غموض فى التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كـانت القواعد العامة تقضى فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل اذ هو الطـرف المذعن (١) •

٢ ـ الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون

٢٥ ـ مرحلة تمهيدية للبيع النهائى : فرضنا فيمـا قدمنـاه أن المتابعين قد عقدا العزم على التبايع ، فأبرما عقد بيع نهـائى • ولكن يقع كثيرا أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية ، تؤدى على وجه محقق أو غير محقق الى البيع النهائى • وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل الى أبعد من ذلك فتكون بيعا ابتدائيا ، وكثيرا ما يقترن بالبيع الابتدائى عربون يجيز للعاقد الرجوع البيع • وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيـدية فى التعـاقد عام (٢) . وتطبق هنا الأحكام التى سبق أن فصلناها فى العقد على عقد البيع بالذات •

فنستعرض : (أولا) الوعد بالبيع (ثانيا) البيـع الابتـدائى (ثالثا) البيع بالعربون •

أولا ـ الوعـد بالبيع

٢٦ ـ صور ثلاث للوعد بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائى ، بل على مجرد وعد بالبيع • والوعد بالبيع له صور ثلاث :

---

(١) انظر فى مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٣٨٦ ـ فقرة ٣٨٦ ـ فقرة ٤٠٠ •

(٢) الوسيط ١ فقرة ١٣١ ـ فقرة ١٤٢ •

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع منجانب واحد (promesse de vente) .
وفى هذه الصورة يعد صاحب الشىء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشىء اذا رغب الآخر فى شرائه فى مدة معينة • فيكون صاحب الشىء هو الملزم وحده بالبيع اذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزما بالشراء ، بل هو حر ان شاء أظهر رغبته فى الشراء فيتم البيع النهائى ، وان شاء امتنع عن اظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع •

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب و (promesse d'achat) .
وفى هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشىء أن يشترى منه هذا الشىء اذا رغب الأول فى بيعه فى مدة معينة • فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية للصورة الأولى • ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحدة بالشراء اذا رغب صاحب الشىء فى بيعه ، أما صاحب الشىء فلا يكون ملزما بالبيع ، بل هو حر ان شاء أظهر رغبته فى البيع فيتم البيع النهائى، وان شاء امتنع عن اظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء •

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع وبالشراء
, (promesse de vente et d'achat)
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد وحالة الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين • ففى الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد يجتمع الوعد بالبيع ملزما لجانب صاحب الشىء دون المتعاقد الآخر ، والوعد بالشراء ملزما للمتعاقد الآخر دون صاحب الشىء ، أى تجتمع الصورتان المتقدمتان • فيكون صاحب الشىء ملزما ببيعه اذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته فى الشراء فى المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع كما قدمنا • ويكون ، من ناحية أخرى المتعاقد الآخر ملزما بالشراء اذا أظهر صاحب الشىء رغبته فى البيع فى المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالشراء كما قدمنا • ونرى من ذلك أن هناك احتمالا فى هذه الحالة أن كلا من صاحب

الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته فى البيع والثانى لا يظهر رغبته فى الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء فى وقت واحد • وهذا بخلاف الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين ، فهذا وعد ملزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى :

١ ـ الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ ـ أمثلة عملية : يحدث كثيرا أن يجد الشخص نفسه فى حاجة الى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء •

فالمستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال فى ان يشتريها ، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية ، اما لأنه يريد تجربة الدار وقتا كافيا وهو يسكنها كمستأجر ، واما لانه فى حاجة الى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره ، واما لاى سبب آخر • ففى هذه الحالة يحصل اذا استطاع ، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه اذا أبدى المستاجر رغبته فى الشراء فى مدة معينة تكون غالبا هى مدة الايجار • فيتسع للمستاجر الوقت لتجربة الدار او لتدبير الثمن ، وقد لا تعجبه الدار او لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته فى الشراء ومن ثم يسقط الوعد • أما اذا أعجبته الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه الا أن يبدى رغبته فى الشراء فيتم البيع [1] •

---

(١) ويغلب كما قدمنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هى مدة الايجار ، فاذا امتد الايجار امتد الوعد بالبيع ، أما اذا انتهت مدة الايجار فان مدة الوعد تنتهى حتى لو تجدد الايجار تجددا ضمنيا فان التجدد يعتبر ايجارا جديدا ، وذلك ما لم يجدد الطرفان الوعد بالبيع ، بل يبقى على العين بعد اعادة بنائها • وفى حالة تأجير العين من الباطن ، يظل الوعد قائما لمصلحة المستأجر الاصلى لا لمصلحة المستأجر من الباطن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٠ ـ قارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٤) •

وقد يقع أن مستأجر العين يحصل على وعد ببيعها ، ويعطى لصاحب العين الاجرة مضاعفة ، فاذا أكمل الثمن كانت له العين ، والا استرد ما دفعه زيادة على الاجرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦) •

وقد يقع أن شخصا يريد انشـــاء مصـــنع على أرض معينـــة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها المصنع • ويحصل فى الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه فى مـدة معينـــة اذا رغب فى شرائها • فاذا هو دبر المال اللازم للشراء ، أبدى رغبته فى أن يشتريها فيتم البيع ، وقد أتيح له بذلك الوقت الكافى لتدبير الثمن •

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع متجاورة من الأرض لملاك مختلفين ، فيعمد من يريد البناء الى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى اذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبتـــه فى الشراء ، فيتم البيع فى جميع القطع اللازمة للبناء •

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التى يحتاج فيها الشخص الى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء (١) • وفيهـــا

---

(١) فمن هذه الامثلة العملية : شركات البناء العقارية تضمن عقــود الايجار الصــــادرة منها وعدا ببيع العين الى المســتأجر ـ تلجأ الشركات الصناعية الى الحصول من الاراضى المجاورة لمصــــانعها على وعد ببيعها ضمانا لتوسيع المصـــانع ـ مستأجر لارض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق فى اصلاحها مصروفات كبيرة ـ شركة تبحث عن معادن فى أرض فتحصل من صاحب الارض على وعد ببيعها اذا عثرت على المعادن •

وقد قضت محكمة مصر الاســــتئنافية بأنه اذا تعهد المشـــترى مـــن الحكومة فى عقد البيع بأن يرد اليها كل أو بعض ما اشـــتراه منها فى نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه اذا لزم للمنفعة العامة ، فهذا الشــــــرط انما هو شرط شخصى يترتب عليه حق عينى ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيـــع موقوف تنفيذه على ارادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر ســنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) •

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفســـــه ، فيتفق مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين اذا رســـا مزادها عليه • ويجب التمييز بين هذه الصــورة وصـــورة الدخول فى المزاد باسم مستعار • وقد قضت محكمة النقض بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى المزايدة يعتبر فى القانون نائبـــا عنــــه بطريق اعارة الاسم ، وأن المعار اسمه لا يتملك فى حق الأصل ـــ هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيرا اســــمه • أما اذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد انما وعد المدين بأن يبيع له الاطيان =

جميعا يكون الوعد بالبيع عقدا ملزما لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذي وعد ببيعه . فننظر كيف ينعقد هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التي تترتب عليها اذا انعقد صحيحا .

٢٨ — كيف ينعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقادا صحيحا:
رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدني تنص على أن « ١ — الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها . ٢ — واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد

= عند رسو المزاد عليه اذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التحدي به في انكار الملكية على الراسي عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) .

وقد يعد مدين دائنه بأن يبيع منه عينا اذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت الورقة المختلف على تكييفها — هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع — مذكورا فيها أنه « اذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول » ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد ، وان تعلق على شرط فاسخ . واذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للاطيان مقابل الدين في نهاية الاجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها ، وليس فيه مسخ لمدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن يتفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في الا يظهر رغبته في الشراء مؤثرا المطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

(١) فقرة ١٣٤ — فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ج المجلد الاول فقرة ١٣٤ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢ .

ايجاب من الواعد ، بل هو عقد لابد فيه من ايجاب وقبول من الواعد والموعود له (١) • ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلا يصدر منه ايجاب ببيع الدار لشخص آخر ويتضمن الايجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الايجاب ملزما • ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا • والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الايجاب الملزم والبيع النهائى • ففى الوعد يتفق كل من الواعد والموعود له على أن يبيع الواعد الدار اذا أبدى الموعود له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من ايجاب ملزم لأنه ايجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر • ولكنه لا يزال دون البيع النهائى ، لأن كلا من الايجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع (٢) • ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الايجاب الملزم ، ففى الايجاب الملزم يلتزم الموجب وعدا بالبيع بل التزم بالبقاء على ايجابه المدة المحددة • ثم ان الوعد بالبيع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتا فى الزام الواعد من مرحلة الايجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للايجاب الملزم (٣) •

---

(١) واذا كان القبول صادرا من الموعود له ، كما هو الغالب ، فهو قبول لا ينشىء فى ذمته التزاما ، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قبولا ، وبالاولى قد يكون القبول ضمنيا •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان النص فى المادة ١٠١ من القانون المدنى يدل — وعلى ما هو مقرر فى قضاء النقض — على انه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به حتى يكون السبيل مهيأ لابرام العقد فى المدة المتفق على ابرامه فيها ، مما مؤداه أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد لابد فيه من ايجاب من الواعد وقبول من الموعود له ، ومن ثم فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد ايجاب من جانب الواعد بل هو اكثر من ذلك لاقترانه بقبول من جانب الموعود له ، كما انه لا يعتبر فى نفس الوقت بيعا نهائيا بل يبقى دون ذلك لان كلا من الايجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد الوعد به ، كما ان الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد وهو التزام بعمل ينصب على ابرام عقد البيع الموعود به : نقض مدنى فى ١٢ يونية سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥١ قضائية ، لم ينشر •

(٣) ويقول بودرى وسينيا أن الوعد بالبيع قد يكون فى مرحلة أولى مجرد ايجاب من البائع ، وهو ايجاب يستطيع صاحبه العدول عنه • وقد =

ويخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الاركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به • فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها (١) ، وذلك حتى يكون السبيل مهيأ لابرام البيع النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء • ويجب أيضا أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى الشراء ، حتى اذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد • ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد

= يقوى عن ذلك فى مرحلة ثانية فيكون ايجابا اقترن بقبول من الطرف الأخر دون أن يتقيد هذا الطرف الأخر بالشراء ، فيكون وعدا بالبيع ملزما لجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعده ولايجوز له العدول عنه ، ولكن القابل لايلتزم بشىء • وقد يصل فى القوة الى المرتبة العليا فى المرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو ان يشترى ، فيكون وعدا بالبيع وبالشراء ملزما للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودرى وسينيا فقرة ٥٧) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم ، اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود اظهار رغبته فى الشراء وذلك حتى يكون السبيل مهيأ لابرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة الى اتفاق على شىء آخر • والمقصود بالمسائل الجوهرية اركان البيع وشروطه الاساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها • فاذا كان الطرفان قد افصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعداً من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عن وجود شروط اخرى - الى جانب الشروط الواردة فى العقد - لم يعينها الطرفان وانما تركا لوزارة المالية وضعها عند ابرام بيع هذه الصفقة ، وكان حرص الحكومة على الاشارة فى العقد الى تلك الشروط يدل على انها تعتبرها من الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لا تقبل ابرامه ، فان اظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لا يؤدى بذاته الى انعقاد بيع تلك الصفقة بل لابد لذلك من تعيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك امر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية وخلص الى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا باظهار المطعون عليه رغبته ، يكون قد اخطأ فى القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان : نقض مدنى فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥رقم ٢٢ ص ١١٥ •

الوعد بالبيع هو ما يأتى : ١ — العين المراد بيعهـا ، مـع تعيينهـا التعيين الواجب شأن كل مبيع • ٢ — الثمن الذى تباع به ، مع تحديده تحديدا كافيا شأن كل ثمن (١) • ٣ — المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته فى الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقا ضمنيا ، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هى مدة الايجار (٢) • فاذا لم تزد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبيع على مـا تقـدم ، وأبـرم البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر فى أى بيع آخر • فيكـون تسليم المبيع واجبا فى الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فورا ، ويكون حق المشترى فى الثمار وحق البـائع فى تقاضى فوائـد عـن الثمن ومصروفات البيع وكيفية تسليم المبيـع وضـمان الهـلاك وضـمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع خاضعة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقا للقواعد التي قررها القانون فى هذا الشأن (٣) •

---

(١) وكان بوتييـه (البيـع فقرة ٤٨١) يذهب ، فى القانون الفرنسى القديم ، الى أن الاتفاق على الثمن ليس لازما لصحة الوعد ، ويتولى الخبراء تقديره فى البيع النهائى • ولكن هذا الرأى غير معمول به فى القانون الفرنسى الحديث (بودرى وسينيا فقرة ٦٨) •

(٢) وكما اذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقـت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها ابرام هذا العقد • واذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عنـاصر القضـية ما ينهض لتحـديد هذه المـدة ، جاز الوعـد بالبيـع ، لان المـدة هنا تكون قابلة للتحديد ، واذا اختلف الطرفان فى تحديدها تكفل القـاضى بذلك (الوسيط الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، المجلد الاول فقـرة ١٣٤ ص ٣٢٢) — أما فى فرنسا فلا يوجد نص — كما يوجد فى مصر — يوجب تحديد المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضى تحديد المدة المعقـولة (بودرى وسينيا فقرة ٧٠) •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادتين ٩٥ و ١٠١/١ من القانون المدنى انه متى اتفق الواعـد والموعـود على جميع المسـائل الجوهرية للبيع الموعـود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود اظهـار رغبته فى الشراء ، ينعقد العقد بمجرد اعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد ، ولا يؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلف بين الطـرفين حول تنفيذ اى =

ولما كان عقد البيع عقدا رضائيا كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضا عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه فى ذلك شأن البيع • واذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل فى مضمون هذا النص ، اذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول • وهذا ما لم نكن فى حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكليا (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع (٢) •

= منهما لالتزاماته المترتبة عليه لانهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لاحكام القانون الواردة فى هذا الخصوص ، لما كان ذلك وكان المقصود بالمسائل الجوهرية اركان البيع وشروطه الاساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها ، وكان الطرفان — على ما يبين من عقد الوعد بالبيع — لم يفصحا عن وجود شروط اخرى ارادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا اركانه الاساسية وهى المبيع والثمن ، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن ، فان هذا الوعد الصادر من المطعون ضدهما قد انقلب الى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن فى الشراء بانذاره المعلن لهما ، واذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١٢١ ص ٦١٨ •

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٢ •

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى انه فى حالة ظهور رغبة الموعود له فى الشراء يجب أن يفرغ البيع فى ورقة رسمية • وفى هذه الحالة اذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء ، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له فى اعداد الورقة الرسمية التى تبرم العقد النهائى • ويكون الوعد بالبيع هنا رضائيا مع أن للبيع النهائى شكل ، وذلك لان الشكل هنا لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (انظر الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة ، المجلد الاول فقرة ١٣٥ ص ٣٢٥ هامش رقم ٢) • واذا امتنع الواعد عن امضاء الورقة الرسمية لابرام العقد النهائى ، فمن رأينا أن يقوم الحكم فى هذه الحالة مقام العقد مفرغا فى هذه الورقة الرسمية ، اذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية • يؤيد ذلك ما جاء فى المادة ١٠٢ مدنى من أنه « اذا وعد شخص =

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فان شروط البيع — لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضا من حيث الصحة — تكون مطلوبة فى الوعد بالبيع . فتعتبر الأهلية بالنسبة الى الواعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلا للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت ابرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلا . وتعتبر عيوب الارادة بالنسبة الى الواعد وقت الوعد أيضا ، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك اذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجيء . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصرا وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته فى الشراء ، ذلك أنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وانما يلتزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد — أى التمييز — وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الارادة فتعتبر بالنسبة اليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معا ، اذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحا (١) .

ويكفى أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ،

= بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الاخر طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما اذا كان العقد الموعود بابرامه هو فى الاصل وبحكم القانون عقدا شكليا كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يفرغ فى الشكل الرسمي ، فالحكم فى هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض (الوسيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلة ذلك أن عقد الوعد فى حالة الرهن الرسمي عقد شكلى لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدنى تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافرا فيه الشكل الواجب قانونا حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما اذا لم يكن هناك شكل واجب قانونا ، كما هو الامر فى الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يخل بأحكام المادة ١٠٢ مدنى اذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقا أن يكون العقد النهائي رسميا ، لان الشروط اللازمة لتمام الوعد بالبيع — وليس فيها شرط خاص بالشكل — متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (١) •

٢٩ — الآثار التى تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد : اذا انعقد الوعد بالبيع صحيحا على النحو الذى الذى قدمناه ، وجب فى بيان الآثار التى تترتب عليه التمييز بين مرحلتين : ١ — قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء فى خلال المدة المحدودة ٢ — بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء المدة المحددة دون ظهورها •

٣٠ — الآثار التى قد تترتب قبل ظهور الرغبة : قدمنا أن الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أى التزام فى جانب الموعودله • والالتزام الذى يترتب فى ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire) ، وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له اذا أظهر هذا رغبته فى الشراء فى المدة المحددة (٢) • ونرى من ذلك أن حق الموعود له فى هذه المرحلة — أى قبل ظهور رغبته — حق شخصى لا حق عينى ، فلا تنتقل اليه ملكية الشىء الموعود ببيعه • ويترتب على ذلك أمران :

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبقى مالكا للشىء الذى وعد ببيعه • فله أن يتصرف فيه ، وله أن يؤجره وأن يحصل على غلته ، وذلك

---

(١) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو ابرام العقد النهائى ، ولذلك يجب ان يكون ابرام هذا العقد ممكنا قانونا ، فلا يجوز الوعد ببيع حق فى تركة مستقبلة • كذلك يجب أن يكون الباعث على الوعد — وهذا هو السبب — مشروعا ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريده الموعود له لارتكاب جريمة (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣) . لكن اذا وعد شخص ببيع عين سيرثها ، ولم يبد الموعود له رغبته فى الشراء الا بعد ان ورث الواعد العين ، فان هذا يكون جائزا •

(٢) ولا يعترض على هذا بأن الالتزام يكون اراديا ، فان الارادة هنا هى ارادة الدائن لا ارادة المدين . هذا الى أن ارادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الامر يتعلق بمحض الارادة ، فهو اذا أبدى رغبته فى الشراء لابد أن يكون قادرا على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته الاخرى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣) •

الى وقت ابرام البيع النهائى (١) • ويسرى بوجه عام تصرف الواعد فى حق الموعود له • فاذا كان الشيء الموعود ببيعه عقارا ، وباع الواعد العقار من آخر ،وسجل البيع قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة اذا لم يتمكن الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته فى الشراء قبل تسجيل البيع الأول ، فان تصرف الواعد يسرى فى حق الموعود له • أما اذا كان الشيء الموعود ببيعه منقولا معينا بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، سرى التصرف فى حق الموعود له وليس لهذا الا الرجوع بتعويض على الواعد (٢) • فاذا كان تصرف الواعد فى المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، لم يسر التصرف فى حق الموعود له ، بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولا فتنتقل اليه ملكية المنقول • وهذا كله مع مراعاة القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ •

(٢) وهذا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يطعن فى تصرف الواعد بالدعوى البوليصية ، بأن اثبت تواطؤ الواعد مع المتصرف له على الاضرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعا حيث لا يحتاج الموعود له الى اثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ــ قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) • وغنى عن البيان أنه لو تصرف المتصرف له سيىء النية لمتصرف له ثان وكان هذا حسن النية ، لم يملك الموعود له الطعن فى التصرف الأخير لأن المتصرف له الثانى حسن النية ، وذلك وفقا لقواعد الدعوى البوليصية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ ــ الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) •

ويذهب الأستاذ جميل الشرقاوى الى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف اليه اذا كان سيىء النية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده ، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق • أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوم فى نظره على خلط بين نظام التصرف القانونى ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣٢ ص ٧٥ ــ ص ٧٦) • ويشك الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى امكان جعل التصرف غير نافذ فى حق الموعود له ، فان المشترى اذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائى ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشترى بأنه كان سيىء النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩) •

المثلية ، فاذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولا — الموعود له أو من تصرف له الواعد — يكون مالكا للعين اما بموجب عقد البيع النهائي واما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) انه اذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرا ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (١) ، لا لأنه سبق عقد التسليم كما يكون الامر لو أن البيع النهائي قد ابرم ، بل لان الواعد لا يزال هو المالك والأصل ان الشيء يهلك على مالكه . وكذلك الشيء تنزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته (٢) .

---

(١) واذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه — التعويض عن الضرر او مبلغ التامين او التعويض عن نزع الملكية — فهل يحل هذا الشيء حلولا عينيا محل الشيء الموعود ببيعه : يجيب الفقه الفرنسي بالنفي ويذهب الى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن القضاء الفرنسي يقول بالحلول العيني (نقض فرنسي ١٩ يونيه سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٥٨ — وانظر ايضا في هذا المعنى الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والاستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٠١ ص ١٥١ — ص ١٥٢) . أما اذا هلك الشيء هلاكا جزئيا ، ومع ذلك ابدى الموعود = له رغبته في شرائه . فللواعد أن يلزمه بكل الثمن (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ — ص ١٠٠ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ — الاستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الاستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٠١ ص ١٥١ والاستاذين احمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٩٠) .

(٢) بودري رسينيا فقرة ٦٧ — فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال ان يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لان نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المالك ، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

هذا والى جانب الامرين اللذين قدمناهما — استبقاء الواعد للملكية وتحمله تبعة الهلاك — يجوز أيضا للموعود له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد الى محال له وفقا لقواعد حوالة الحق (بودري وسينيا فقرة ٦٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٧) . واذا نزعت ملكية العين الموعود ببيعها للمنفعة العامة ، كان التعويض للواعد لا للموعود . وللموعود له أن يطالب بمنع الواعد من القيام بأعمال تحول دون ابرام البيع النهائي ، كمنعه من هدم الدار الموعود =

٣١ — الآثار التى تترتب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها : وننتقل الان الى المرحله الثانية ، وفيها يقع أحد أمور ثلاثه : ١ — اما ان يظهر الموعود له رغبته فى الشراء فى خلال المدة المحددة ٢ — واما ان تنقضى المدة المحددة دون ان يظهر هذه الرغبة ٣ — واما ان تقترن رغبة الموعود له فى خلال المده المحدده بما يعدل فى الوعد .

ففى الحاله الأولى تظهر رغبه الموعود له فى الشراء صراحه أو ضمنا ، بشرط أن يكون ذلك فى المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمنا فيما اذا تصرف الموعود له فى الشىء الموعود ببيع أو ايجار أو غير ذلك ، مما نستخلص منه نيته فى انه اعتبر الشىء مملوكا له فتصرف فيه على هذا النحو . فاذا ظهرت رغبه الموعود له فى شراء الشىء الموعود به ، فان البيع النهائى يتم بمجرد ظهور هذه الرغبه ، ولا حاجه لرضاء جديد من الواعد (١) . ويعتبر البيع النهائى قد تم من وقت الرغبه لا من وقت الوعد . على اساس أن ظهور الرغبه يعد ايجابا من جانب الموعود له ، وهو ايجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا ان يقبله بموجب الوعد

= ببيعها . وللموعود له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد ، فيرفع دعاوى الحيازة ويقطع التقادم ، وله ان يطلب تعيين حارس على العين اذا شرع الواعد فى هدمها (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص٨٦) .

(١) استئناف مختلط اول يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٠ مكررة .

واذا اشترط فى الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فورا عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٦) .

واذا ارتفعت قيمة الشىء عما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له اية زيادة فى الثمن . فاذا كان ارتفاع القيمة راجعا الى زيادة فى المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد فى حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية فى ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ — الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ — الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٩٤ هامش ٣ — الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٩٧) . ويكون للموعود له الحق فى ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته فى الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

الصادر منه (١) • فيتم البيع النهائى ، على هذا الوجه من وقت ظهور الرغبة (٢) • والأمر واضح فيما اذا كـان الشىء الموعود ببيعـــه عينا منقولة معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فـان البيع النهائى يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبه الموعود له فى الشراء ، وتنتقل ملكيه العين الى الموعود له الذى أصبح الان مشتريا ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذى اصبح الان بائعا ، وتسرى أحكام البيع فى سائر المسائل • أما اذا كان الشىء والموعود ببيعه عقارا، فالبيع يتم أيضا بمجرد ظهور رغبه الموعود له فى الشراء ، ولكن الملكيه لا تنتقل الا بالتسجيل • فعلى البائع (الواعد) ان يقوم بالاعمـال

---

(١) فقبول الواعد ليس اذن الا تنفيذا للالتزام الذى نشأ فى ذمتـــه بموجب الوعد بالبيع ، فقد التزم بعمل هو ابرام البيع النهائى ، اى قبول الرغبه التى يظهرها الموعود له فى الشراء ، واذا نازع الواعد فى وقـوع البيع ، حكم القاضى بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لان الالتزام هنا التزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدنى) • وقد نصت المادة ١٠٢ مدنى صراحه على هذا الحكم اذ تقول : « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخـر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقـام العقد » • وليس هذا النص الا تطبيقا لنص أعم هو المادة ٢١٠ مدنى ، اذ تقول : « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » • انظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ ـ ص ٨٨ ـ الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٦ ص ٦٩ • وانظر فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٦٦ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ •

(٢) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع بيعا معلقا على شرط ، اذ ان الموعود له لم يرتبط وقت الوعد ان يشترى ولو تحت شـرط ، ومـن ثم لايكون لظهور رغبته فى الشراء أثر رجعى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـرة ١٧٦ ص ٢٠٣ ـ ص ٢٠٤) • كذلك يجب استبعاد أن يســتحيل التزام الواعد ، وهو التزام بعمل كما قدمنا ، الى تعويض ، اذ هو التزام قابل للتنفيذ العينى عن طريق صدور حكم قضائى (بودرى وسينيا فقرة ٦٤ ـ فقرة ٦٦ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـــرة ١٨٢ ـ جوسران ٢ فقـرة ١٠٧٣) •

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتعويض للموعود له عن الضرر الذى لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد الى الاعتراف بالتزامه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢) •

الواجبة لكتابة العقد والتصديق على امضائه حتى يكون العقد معدا للتسجيل ، فان هو امتنع عن ذلك او نازع فى ان العقد النهائى قد تم جاز للمشترى (الموعود له) ان يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومتى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية اليه (١) .

وفى الحالة الثانية ، اذا لم يظهر الموعود له رغبتـه فى الشراء ، تحلل الواعد من وعـده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد فى حل بعد ذلك أن يتصرف فى الشىء لمن يشاء . وهذا هو الحكم ايضا حتى لو أظهـر الموعود له رغبته فى الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحـددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة، أعلن عدم رغبته فى شراء الشىء على اعتبار ان الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلا لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك ان اعـلان الموعود له عدم رغبته فى الشراء يكون بمثابة نزول منه عن حقه الذى استمده مـن الوعد (٣) .

---

(١) واذا كان الوعد بالبيع — كما يقول الاستاذ سليمان مرقس — « مدونا فى محرر يحمل توقيع الواعد توقيعا مصدقا عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه واقرارا منه مصدقا عليه أيضا بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيـل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ — ص ٨٨) .

(٢) وذلك دون حاجة لان يعذر الواعد الموعود له (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤) .

(٣) وقد يدفع الموعود له للواعد عربونا يخسره اذا لم يبد رغبتـــه فى الشراء ، فاذا لم يبد هذه الرغبة خسر العربون وتحلل الواعد من وعده ، ولا يجوز للموعود له أن يحتج بعدم اعذاره وبأنه كان مستعدا لدفع باقى الثمن (استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٨) .

هذا وقد عالج تقنين الموجبات والعقود الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فى نصوص متصلة . فنصت المادة ٤٩٣ من هذا التقنين على « أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شىء من شخص آخر لايلتزم شراءه فى الحال . ومن طبيعة هذا العقد أنه متبادل . وهو لا يولد موجبا على الموعود ، بل يلزم الواعد بوجه بات ، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعود » . ونصت المادة ٤٩٤ على أن « مفاعيل العقـــد تنقل الى ورثة المتعاقدين بما توجبه لهم أو عليهم » . ونصـت المادة ٤٩٥ على أنه « اذا تفرغ الواعد لشخص عن شىء منقول بالرغم مما التزمه ، =

وفى الحالة الثالثة ، اذا ابدى الموعود له رغبته فى التعاقد خلال المدة المحددة ، واقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل ، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابه ايجاب جديد فلا ينعقد به العقد الا اذا صادفه قبول من الطرف الآخر (١) .

٧٢ — **الوعد بالتفضيل** : وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هى الوعد بالتفضيل (pacte de préférence) . وفى هذه الصورة لا يلتزم الواعد فى وعده أن يلتزم ببيع الشىء اذا اظهر الموعود له رغبته فى شرائه ، وانما يلتزم ، اذا هو رغب فى بيع الشىء أن يعرضه أولاً على الموعود له تفضيلا له على غيره ، فان قبل الموعود له شراءه تم البيع . فالذى يميز هذه الصورة على الصورة الأخرى فى الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشىء ، وكل ما التزم به هو أنه اذا رغب فى بيع الشىء وجب عليه أن يعرضه أولا على الموعود له . فلا يتم البيع النهائى اذن الا باجتماع أمرين : أن يريد

= فهو يملك المتفرغ له ذلك الشىء ، لكنه يستهدف لاداء بدل العطل والضرر الى الشخص الموعود لعدم قيامه بالواجب الذى التزمه » ونصت المادة ٤٩٦ على أنه « عندما يصرح الشخص الموعود بعزمه على الشراء ، يتحول الوعد الى بيع دون أن يكون له مفعول رجعى ، ويتم انتقال الملكية فى يوم القبول . على أنه يرجع فى تعيين مقدار العين الى اليوم الذى وعد فيه البائع » . ونصت المادة ٤٩٨ على « أن الوعد بالبيع فيما يختص بالاموال غير المنقولة خاضع للقوانين العقارية المرعية الاجراء » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط قانونا لانعقاد عقد بيع اذا ما ابدى الموعود له رغبته فى التعاقد ، مطابقة ارادته لارادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد ، فاذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل ، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة ايجاب جديد فلا ينعقد به العقد الا اذا صادفه قبول من الطرف الآخر . فاذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت باسباب سائغة وفى نطاق سلطتها الموضوعية ان ارادة العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، فان الحكم اذا انتهى الى أن البيع لم ينعقد لفقدة ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء عقد الايجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل اظهار المستأجر رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ٢٠٢ ص ١٢٩١ .

الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعود له شراءه (١) • ويكـــون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعود له معلقا على شرط ان يريد بيعه ، ولا يقال هذا شرط ارادى محض من جانب المدين ، فان اراده الواعـــد بيع الشيء ليست اراده محضه ، بل هي متصله بظروف خارجيه قـــد تدمعه ان يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته فى ذلك ، فالشرط اذن شرط مختلط وليس شرطا اراديا محضا (٢) •

---

(١) ومن الامثلة العملية للوعد بالتفضيل ان يكون لشـــخص دار فى مدينه يتوقع ان يرحل عنها ، فيحصل منه شخص اخر على وعد بانه اذا اراد بيع الدار عند رحيله فعليه ان يعرضها على الموعود له ، حتى اذا قبل هذا شراءها تم البيع النهائى • اما اذا حصل صـــاحب الدار من الشخص الاخر على وعـــد بالشراء ، فان هذه الحـــالة تختلف عن حالـــه الوعد بالتفضيل المتقدمه من وجهين : (أولا) فى حالة الوعـد بالشـراء لا يكون صاحب الدار ملزما ببيعها من الشخص الاخر بل يجـوز له أن يبيعها من غيره ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فان صاحب الدار يكون فيها ملزما بعرض الدار على الشخص الاخر اذا أراد بيعها • (ثانيا) فى حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزما بالشراء اذا عرضت عليه الدار ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فانه لا يكون ملزما بذلك •

وهناك أمثلة عملية اخرى للوعد بالتفضيل : يحصـل المستأجر من المؤجر على وعد بتفضيله اذا أراد هذا بيع العين المؤجرة — يحصل مشترى العقار من البائع على وعد بتفضيله فى عقار آخر مملوك للبائع اذا أراد هذا بيعه — يبيع شخص عينا من آخر ويتفق مع المشترى على أنه اذا أراد هذا أن يبيع العين وجب عليه أن يعرضها على بائعها الاول ، وهذا ما يسمى بالوعد باعادة البيع (promesse de revente) أنظر بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة ثانيا — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ — الاستاذ ســليمان مرقس فقرة ٥٥ •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة — بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ١٨٤ — ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوى — مشيرا الى رسالة Leduc ص ٢٣٥ — الى ان الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقة وعد بالبيع فى طريق التكوين تعين فيه من الآن المستفيد الاحتمالى ، وهذا المستفيد لم يكسب من الوعد حقا فى الشراء ولو معلقا على شرط ، ولكنه كسب حقا يخوله منع الواعد من التعاقد مع الغير • وهو يتحول الى وعد بالبيع اذا قرر الواعد بيـــع الشيء ، فعندئذ يصبح المستفيد فى مركز الدائن بوعـــد بالبيع • ومتى نشأ هذا الحق فى الشراء فهو لا ينشأ الا من هذا الوقت وبدون اثر رجعى ، على عكس ما كان يجب أن يترتب منطقيا على اعتبار الوعد بالتفضيل وعدا بالبيع معلقا على شرط واقف (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقـــرة ١٠٣ فقرة ١٠٤) •

وينعقد الوعد بالتفضيل على النحو الذى ينعقد به الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشىء الموعود بـه والثمن الذى يباع به والمدة التى يجب فى خلالها أن يعرض الواعد الشىء على الموعود له اذا أراد بيعه [١] • وكل ما قلنا فى انعقاد الوعد بالبيع وفى صحته يقال هنا •

والاثر الذى يترتب على الوعد بالتفضيل ، فى المرحلة السابقة على عرض الشىء الموعود ببيعه ، هو نشوء التزام شخصى فى ذمة الواعـد بأن يعرض الشىء على الموعود له اذا أراد بيعه • وهو مجرد التزام شخصى يترتب عليه كما فى الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواعـد

= ويستخلص من هذا الرأى أن التزام الواعد بالتفصيل ليس التزامـا معلقا على شرط واقف ، بل هو التزام احتمالى يتحقق اذا رغب الواعد فى بيع الشىء • ومن ثم يوجد الالتزام كاملا من وقت الرغبة فى البيع لا مـن وقت صدور الوعد ، والعبرة فى توافر الاهليه عند الواعد هى بوقت وجود الرغبـة فى البيع لا بوقت صـدور الوعد • وهاتان النتيجتان يمـكن استخلاصهما ، كما نرى ، من ان التزام الواعد هو التزام احتمالى لا التزام معلق على شرط واقف • فلا حاجة بعد ذلك الى القول ، كما يقول الاستاذ عبد المنعم البدراوى ، بأن الالتزام الناشىء من الوعد بالتفضيل ليس التزاما بعمل بل التزاما بامتناع عن عمل •

(١) ويمكن وفقا لمبدأ سلطان الارادة الا يحدد المتعاقدان لا الثمن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه فى أى وقت يعتزم بيع الشىء يعرضه أولا عـلى الموعود له ليشتريه بالثمن الذى يمكن بـه بيعه للغير (بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة) • انظر فى عـدم لزوم تحـديد المـدة الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٣ ، وعلى العكس من ذلك فى أن تحديد المدة واجب الاستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٧ •

ويغلب فى الوعد بالتفضيل الا يجوز للموعود له النزول عـن حقه لان شخصه محل اعتبار عند الواعد • ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من ان يشترط الموعود له جواز النزول عن حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ ص ٢١٨) • واذا مات الواعد انتقل التزامه الى ورثته ، فاذا كانت الورثة قصرا قامت صعوبة فى تحديد الثمن اذ الغالب أن مال القاصر يباع بالمـزاد العلنى ، فاذا وضع شرط التفضيل فى دفتر الشروط أحجم الناس عـن المزايدة (أنظر فى ان الوعد بالتفضيل لا يكون الا فى البيع بالممارسـة ولا يجوز فى البيع بالمزاد أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ مكرر ٩) •

مالكا للشيء (١) • وأن الشيء اذا هلك أو نزعت ملكيته تحمل الواعد تبعة ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له •

والأثر الذى يترتب ، فى المرحلة الأخيرة ، أنه اذا أراد الواعد بيع الشيء فى المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراءه ، تم البيع النهائى فى المنقول وفى العقار على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع • واذا رفض الموعود له شراءه ، أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشيء أو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته فى تحليل الواعد من التزامه ، فان الوعد بالتفضيل يسقط ، ويتحلل الواعد من الالتزام الذى ترتب فى ذمته بموجب الوعد بالتفضيل • وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلا فى الوعد بالبيع •

ب — الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ — أمثلة عملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه فى حاجة الى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء • مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص فى شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفى بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما اذا بت صاحب الدار العزم على البيع فى مدة معينة • أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذى يعرضه ، وان وجد بعد ذلك من يعرض ثمنا أعلى

---

(١) فاذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد • فاذا كان الواعد متواطئا مع من تصرف له فى الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية ، كان التصرف غير نافذ فى حق الموعود له (بودرى وسينيا فقرة ٧١ — قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥) •

ولكن اذا تصرف الواعد فى الشيء بغير البيع ، بأن وهبه أو قايض عليه أو دفعه حصة فى شركة ، لم يكن للموعود له حق فى أخذه ، بل ولا فى التعويض ، اذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسينيا فقرة ٧٢) •

باع الدار منه ، والا باعها من الواعد بالشراء • أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، ويخشى ان بت فى البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التى يرغب فى شرائها • فيكتفى بالحصول على وعد بالشراء ، حتى اذا عثر على الدار التى يرغب فيها باع داره واشتراها (١) •

وكثيرا ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض فى المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا فى المزاد لابلاغ الثمن الى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعطاء بهذا المقدار ، فان زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد • فاذا رسا المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه ، لم يلتزم أن يتقدم فى المزاد الجديد • أما اذا لم يتقدم للمزاد أصلا ، أو تقدم ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا المزاد بثمن أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أخل بوعده (٢) •

---

(١) ويقع كثيرا أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التى يتوسط السمسار فى شرائها له ، بثمن معين فى خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض • فاذا نجح السمسار فى حمل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن فى خلال هذه المدة ، رجع على الواعد وألزمه بوعده • ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فاذا أخل بوعده ولم يشتر الدار رجع السمسار عليه بالتعويض وهو مقدار السمسرة الذى فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٨ — وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته اتقاء لخطر المجازفة ، وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن الى الحد المتفق عليه ، بحيث اذا اضطر الى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فان الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس • ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الاخلال بحرية المزايدة أو ابعاد المزايدين عن محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلا من تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة =

٣٤ — كيف ينعقد الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد انعقادا صحيحا : هنا أيضا نطبق المادة ١٠١ مدنى التى سبق ذكرها (١) فيشترط لانعقاد الوعد بالشراء الاتفاق على جميع الاركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به • فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذى يشترى به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمنا يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى البيع ليتم الشراء •

وكل ما قلناه فى خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تتوافر هذه الأهلية ، وعيوب الارادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المحل والسبب ، نطبق هنا على الوعد بالشراء •

٣٥ — الآثار التى تترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :
الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام فى جانب الموعود له • والالتزام الذى يترتب فى ذمة الواعد بالشراء هو أيضا التزام بعمل

= فمردود بأن المتعاقد مع المدين اصبح بمقتضى الاتفاق المشار اليه فى مركز المشترى والمدين فى مركز البائع ، ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧) • ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فان المتعهد بارساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمالى وهذا هو السبب القانونى •

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بان الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وارساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض اذا أخل بالتزامه (١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩) • وقضت أيضا فى نفس الحكم بان من وعد بالدخول فى مزاد والمزايدة الى حد مبلغ معين ، ينقضى وعده اذا أجل هذا المزاد • وقضت كذلك بان الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الارض لمؤجرها يلزمه الى مدة معقولة ، فلا يجوز للمؤجر ان يطيل هذه المدة قبل ان يبدى رغبته فى البيع الى حد ان يتقاضى من المستاجر أجرة تدانى ثمن الارض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) •

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٨ •

(obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعا نهائيا مع الموعود له اذا أظهر هذا رغبته فى البيع فى المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له فى هذه المرحلة حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كحق الموعود له فى الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا — يبقى الشىء للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه فى حق الواعد بالشراء . فاذا باع الموعود له الشىء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى فى حق الواعد ، وسقط فى الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه فى الشىء لغير الواعد قد نزل عن حقه فى الزام الواعد بشرائه .

ثانيا — وبديهى أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف فى الشىء لأنه لم تنتقل له ملكيته فى هذه المرحلة ، واذا تصرف فيه كان تصرفا فى ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هذا فى حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجيز التصرف فيصح ويسرى فى حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد أن يبدى الموعود له رغبته فى بيعه من الواعد فيتم البيع النهائى ، ويصبح الواعد بموجبه مالكا للشىء وفقا لأحكام القانون ، فيصح التصرف الذى صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له فى بيع الشىء . وهذا هو أيضا حكم بيع ملك الغير عندما يصبح مالكا للشىء الذى باعه قبل أن يملكه .

ثالثا — اذا هلك الشىء الموعود بشرائه قضاء وقدرا هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هذا تبعة الهلاك ، اذ الأصل أن الشىء يهلك على مالكه . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشىء ، أن يلزم

---

(١) وليس الالتزام هنا معلقا على شرط ارادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام فى الوعد بالبيع (انظر آنفا فقرة ٢٩ فى الهامش) .

(٢) وقد خص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين ، وتجرى على الوجه الآتى : « ان الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضا ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التعديل المقتضى » .

الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء لنزع ملكيته ، يتحمل الموعــود لــه تبعته (١) .

٣٦ ــ الآثار التى تترتب على الوعد بالشراء بعد ظهــور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها : وننتقل الى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى خلال المدة المحددة ، واما أن تنقضى المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففى الحالة الأولى ، اذا ظهرت رغبة الموعــود له ، صراحة أو ضمنا ، فى البيع فى خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائى بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع النهائى قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذا للالتزام الذى نشأ فى ذمة الواعد ، فاذا نازع هذا فى تمــام البيــع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذى رأيناه فى الوعد بالبيع .

وفى الحالة الثانية ، اذا لم يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى المدة المحددة ، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضا فيما لو أظهر الموعود له رغبته فى البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته فى البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففى جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الــذى بيناه فى الوعد بالبيع (٢) .

---

(١) واذا هلك الشيء هلاكا جزئيا ، وأبدى الموعود له رغبته فى البيع ، كان الواعد بالشراء مخيرا بين أن يشترى مع انقاص الثمن أو أن يمتنع عن الشراء بتاتا لتفرق الصفقة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨١) .

(٢) ويمكن أن نتصور فى الوعد بالشراء وعدا بالتفضيل كما فى الوعد بالبيع . ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثــلا تعهــد لتاجر الجملة أنه فى حالة احتياجه لسلعة معينة يستوردها منه بالافضلية على سواه . فيكــــون تاجر التجزئه ملتزما ، فى حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يعرض عــــلى تاجر الجملة شراءها منه أولا فان قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائى. =

جـ — الوعد بالبيع وبالشراء

٣٧ — التمييز بين الوعد بالبيع أو بالشراء من جانب واحد والوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين : قدمنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولا — الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد . وفى هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شىء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد البيع من صاحب الشىء يرتبط به نحو الموعود له فيما اذا أظهر هذا رغبته فى شراء الشىء . والعقد الثانى هو وعد بالشراء يرتبط بـه الموعود له فى العقد الأول بأن يشترى الشىء اذا أظهر صاحبه — وهو الواعد فى العقد الأول — رغبته فى بيعه . ومن ثم يوجد وعدان: وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد وقد وقع العقدان على نفس الشىء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانيا — الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين . وفى هذه الحـالة يوجد عقد واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئا والتـزم

= وليس تاجر الجملة فى هذه الحالة ملتزما بتوريد السلعة ، فهو الموعود لـه ولم يلتزم بشىء ، والملتزم هو تاجر التجزئة اذا احتاج الى شراء السلعة . فاذا لم يقم تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مسئولا نحو تاجر الجملة عن تعويض يكون عادة هو الربح الذى كان يجنيه تاجر الجمـلة لو انه ورد السلعة الى تاجر التجزئة .

وشبيه بذلك ان يتعهد المؤلف للناشر ان يكون للناشر الافضلية فى نشر مؤلفه ، أو فى نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما اذا اعتزم اصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم اذا اعتزم اصدار مؤلفه ، ان يعرض التزام النشر على الناشر اولا ، فاذا قبل هذا تم عقد النشـر النهـائى .

ومثل ذلك أيضا ان تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأفضلية على غيره .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٦٣ هامش ١ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٣ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٧ — ص ١٣١ — الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣١ ص ٧٠ — ص ٧١ .

الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزما للجانبين على هذا النحو •

٣٨ — **الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد** : نفرض أن صاحب الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها اذا أظهر رغبته فى البيع ، وكان اظهار هذه الرغبة متوقفا على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلا من الدار • فتقدم له شخص وعقد معه وعدا بالشراء ، التزم بموجبه أن يشترى الدار بمبلغ معين اذا أظهر صاحب الدار فى مدة محددة رغبته أن يبيعها منه • فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم • ونفرض فى الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفا اذا وقعت تجعل شراءه للدار أمرا هاما ، كأن ينتقل الى المدينة التى فيها الدار فيتخذ الدار سكنا له • فيحصل من صاحب الدار على وعد ببيع الدار اياه اذا أظهر فى مدة محددة رغبته فى شرائها • فهنا أيضا تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة الى نفس الدار • وفى هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذى قدمناه فى الوعد بالبيع أما فى الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد • فى مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد •

قد يعترض بأن الطرفين فى هذه الحالة انما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزما للجانبين — هذا بالشراء وذاك بالبيع — ويكون فى حقيقته بيعا نهائيا أبرمه الطرفان • ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع ، وانما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار اذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها اذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع • والفرق بين الوضعين كبير • والدليل على ذلك أنه فى الوضع

الذى نحن فيه ـ الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد ـ قد لا يتم البيع النهائى أصلا ، ويكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند الطرف الأول لبيع الدار ، بألا يجد الأرض الصالحة التى يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته فى البيع فى الميعاد المحدد ، ومن ثم يسـقط الوعـد بالشراء وفى الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، بألا ينتقل الى المدينة التى فيها الدار ، فـلا يظهر رغبتـه فى الشراء فى الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع • فاذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فـان البيع النهائى لن يتم ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذى أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض • وهذا الوضع يختلف تماما عن وضع الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، كما سنرى •

ومن ذلك يتبين أنه اذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعـدا بالبيع ملزما لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزما لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه • فالوعد بالبيع ينعقد على الوجه الـذى سبق ان قررناه ، فاذا ما انعقد صحيحا رتب التزاما فى ذمة صـاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له اذا رغب هذا فى شرائها • فاذا أظهـر الموعود له فى الشراء تم البيع النهائى وأصبح الموعود له مشتريا للدار ، واذا لم يظهر هذه الرغبة فى الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع (١) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا استخلص الحكم من اوراق الدعوى معنى العـدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغا فلا معقب عليه . ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد ان يؤجره اطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها : نقض مدنى فى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التى قدرتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٤٨ صفحة ٣٥١ .

كما قضت محكمة النقض بانه متى كان المطعون عليه قد تعهد بان يبيـع عقارا للطاعن اذا قبل هذا الاخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة فان الحكم لا يكون قد اخطأ اذ كيف هذا الاتفاق بانه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا انذار ولا تنبيه اذا انقضى الاجل دون ان يظهر الطاعن رغبته فى الشراء : نقض مـدنى فى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٤٤ صفحة ٣٥١ .

والوعد بالشراء ينعقد أيضا على الوجه الذى بيناه ، فاذا ما انعقد صحيحا رتب التزاما فى ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها اذا رغب صاحب الدار فى بيعها . فاذا أظهر هذا رغبته فى البيع فى الميعاد — وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه فى الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر — تم البيع النهائى ، واذا لم يظهر هذه الرغبة فى البيع فى الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائى يتم اذن فى أحد فرضين : اما بأن يظهر صاحب الدار رغبته فى بيع الدار ، واما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته فى شرائها . فاذا لم يظهر هذا رغبته فى الشراء ، ولم يظهر ذاك رغبته فى البيع ، فان البيع النهائى لن يتم كما سبق القول .

٣٩ — الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . ففى الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين — وهذا هو العقد الابتدائى كما سنرى — يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر ، وفى الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١) . فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين ، أما فى الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد . وهنا لابد أن يتم البيع ، بل هو قد تم فعلاً فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزما للجانبين (٢) . أما فى الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلا كما قدمنا .

---

(١) ولو ضمنا (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥ .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت فى الدعوى ان .... وعد بشراء قطعة الارض الواردة بالاتفاق المؤرخ ..... وبالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بان تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فان هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ..... هو بيع تام ملزم للطرفين ، تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع . واذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المشار اليه عقد بيع كامل الاركان ، ورتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد الى الطاعنين ، وقبولهما الحلول فيه ، ثم =

يبقى اذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين الى عبارة الوعد وهما فى الحقيقة يبرمان بيعا تاما ؟ السبب فى ذلك يرجع الى اعتبارات عملية محضة ، فقد أراد الطرفان ابرام بيع تام ، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائى • فقد يريد المشترى ، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء ، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها ، فاذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائى ، والا طلب الفسخ (١) وقد يريد المشترى ، بعد ابرام الوعد على النحو الذى قررناه ، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، حتى اذا ما دبره أبرم البيع النهائى • وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك ، ولكن تسجيل البيع يقتضى اجراءات تستغرق مدة من الزمن ــ وبخاصة اذا كان أحد الطرفين قاصرا حيث يضاف الى اجراءات التسجيل اجراءات الحصول على اذن من المحكمة ــ ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى هو هذا الوعد ، وذلك الى أن تتم الاجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائى •

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو اذن بيع تام ، وتترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع (٢) • وسنرى ذلك تفصيلا عند

= قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشترى الاول اليهما اعتبارهما مشترين فانه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٥٧ ص ١٠١٠ •

(١) ويلجأ المشترى عادة الى الكشف عن حالة العقار فى مصلحة الشهر العقارى ، كما يعمد الى تحقيق مستندات ملكية البائع للمبيع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ ــ ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٨ ــ ١٤ يونيه سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص ٣٦٥ ــ ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ ــ ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ ــ ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ــ ١٤ يناير سنة ١٩٣٦م ٤٨ ص ٧٦) •

(٢) واذا امتنع البائع عن تمكين المشترى من التسجيل ، جاز للمشترى اجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) •

الكلام فى البيع الابتدائى ، لأن هذا الوعد ليس الا بيعا ابتدائيا كما قدمنا • والى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، اذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع اذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (١) • وقد اختلف الفقه فى فرنسا فى تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه اذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، واتفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل • ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبارة « الوعد » مادمت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما فى الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٢) • واذا كان التقنين المدنى الفرنسى قد عنى بابراز هذا المعنى الواضح فى نص خاص ، فان ذلك يرجع الى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسى القديم (٣) •

---

(١) وهذا هو الاصل الفرنسى للنص :

Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٢) لوران ٢٤ فقره ٢١ ـ جيوار ١ فقره ٧٧ ـ لارومبيير ١ م ١١٢٨ فقرة ١١ ـ كوليه دى سانتير ٧ فقرة ١٠ مكررة ثانيا ـ أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٧ ـ بودرى وسينيا فقرة ٦٠ ـ بلانيول ورببير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ ـ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٤ •

أنظر عكس ذلك : توليبه ٩ فقرة ٩٢ ـ ترولون فى البيع فقرة ١٢٥ ـ ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ فقرة ٥ ـ فقرة ٦ •

وانظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث يذهب الى أن المادة ١٥٨٩ فرنسى انما تعنى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، وأنه يتحول الى بيع كامل اذا تم الاتفاق نهائيا على المبيع والثمن ورضى المشترى بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع •

(٣) ذلك أن البيع فى القانون الفرنسى القديم كان لا ينقل الملكية بحكم العقد كما قدمنا ، والتسليم هو الذى كان ينقلها • ثم ألف الناس فى التعامل أن يذكروا فى عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine) ، فتنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد • ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة فى عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالفعل ، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصورى • هذا كله كان يقع فى عقد البيع • أما اذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشترى =

ثانيا ـ البيع الابتدائى

٤٠ ـ **صور ثلاث للبيع الابتدائى** : قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور مرحلة ابتدائية فى البيع فى احدى الصور الثلاث الآتية :

أولا ـ يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فورا بهذا المشروع ، فيبقى مشروعا غير ملزم • ثم يحولان المشروع الى عقد بيع ملزم فى صورة نهائية ، فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية• وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائى هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائى هو عقد البيع الملزم الذى أبرماه بعد ذلك • وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائى ولا خصائص البيع النهائى • فالمشروع الذى سماه الطرفان بالبيع الابتدائى غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على ابرام البيع النهائى • ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسميه المشروع بيعا ابتدائيا ، فهو ليس ببيع أصلا لأنه مشروع غير ملزم • كذلك يحسن عدم تسميه البيع اذا أبرم تنفيذا للمشروع بالبيع النهائى ، اذ لم يتقدمه بيع ابتدائى يجعله هو نهائيا ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع

= بالشراء ، فلم يكن مألوفا فى التعامل ان يمتد شرط التسليم الصورى الى هذا الوعد • فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينقل الملكية ، لا بنفسه لان العقد كان لا ينقل الملكية ، ولا بحكم شرط التسليم الصورى لان هذا الشرط لم يكن مألوفا ادراجه فى هذه الصورة من البيع • فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه فى التقنين المدنى الفرنسى ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالعقد فى الحالتين ينقل الملكية دون حاجة الى شرط التسليم • فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع اذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث ان كلا منهما ينقل الملك الى المشترى ، خلافا للقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر فى ذلك وفى الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ٦٠) •

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٢ •

فحسب • وانما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت الى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ما شاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتا ولا يبرما البيع (١) •

ثانيا ـ يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها الا اذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء الا اذا أظهر صاحب الدار رغبته فى البيع • فاذا رغب الموعود له فى البيع أو فى الشراء ، تم البيع النهائى على الوجه الذى قدمناه فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد • وهنا يمكن القول ان هناك عقد بيع نهائى هو البيع الذى تم باظهار صاحب الدار رغبته فى البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته فى الشراء • ولكن لا يمكن القول ان هذا البيع النهائى قد سبقه بيع ابتدائى ، وانما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد •

ثالثا ـ يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هى الصوة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائى (٢) • ويتلو هذا البيع الابتدائى بيع نهائى ، يبرم فى ميعاد محدد يتفق

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان حكم محكمة اول درجة الذى ايده الحكم المطعون فيه لاسبابه قد أعتبر سند الدعوى مجرد مشروع لعقد بيع ، وهو ما لم يكن محل طعن من الطاعنين مما مقتضاه ان هذا المشروع لا يكون ملزما لاى من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء : نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٩ ص ١٥٩٣ •

(٢) وقد اقتصرنا على هذه الصورة فى الجزء الاول من الوسيط عند الكلام فى الوعد بالتعاقد ، فجعلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائى شيئا واحدا (الوسيط ١ فقرة ١٣١ ـ فقرة ١٣٩) • ولم نشر هناك الى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لندرته فى العمل • وقد اتسع له المقام عند الكلام فى البيع ، لانه اذا تحقق عمليا فانما يتحقق فى صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد •

عليه (١) • وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التى تدعو الى ابرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية(٢)•

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين• ففى احدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لايوجد فى الواقع من الأمر بيع ابتدائى وبيع نهائى ، وانما يوجد بيع واحد هو الذى أبرمه الطرفان تنفيذا للمشروع الذى أعد من قبل • والصورة الأخرى ليست الا صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد • أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هى الصورة الصحيحة للبيع الابتدائى •

فنقف اذن عند هذه الصورة الأخيرة لنفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، وننبه منذ الآن الى أننا اذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائى » فانما نريد هذه الصورة دون غيرها •

٤١ ـ البيع الأبتدائى فى صورته العملية الصحيحة : قلنا أن الطرفين يعقدان بيعا ابتدائيا (٣) ، ويحددان ميعادا يتفقان عليه لابرام البيع النهائى مكتوبا فى ورقة عرفية أو ورقة رسمية (٤) • فننظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا البيع الابتدائى ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائى عند ابرام البيع النهائى •

---

(١) اما البيع الذى اشترط البائع لتمامه دفع الثمن كاملا أو دفع قسط منه فيغلب الا يكون بيعا ابتدائيا ، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قارن استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥) •

(٢) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشترى للبحث عن حالة العقار المبيع ، أو التثبت من مستندات ملكية البائع ، أو تدبير الثمن ، أو الانتهاء من اجراءات التسجيل (أنظر آنفا فقرة ٣٩) •

(٣) أنظر استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ ـ ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ ـ ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤ ـ ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ •

(٤) ويغلب ان يصاغ البيع الابتدائى بحيث يلتزم فيه البائع ان يبيع والمشترى ان يشترى، دون أن يذكر فيه لفظ «الوعد» ، شأن البيع الابتدائى =

٤٢ ـ الآثار التى تترتب على البيع الابتدائى : اذا كان البيع الابتدائى ينعقد صحيحا بنفس الأركان وشروط الصحة التى ينعقد بها البيع صحيحا ،فانه أيضا يترتبعليه من الآثار ما يترتب على البيع (١). فالبائع قد التزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى (١) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. والمشترى قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر فى العقد الابتدائى ـ وهذا ما يميزه عن عقد البيع بوجه عام ـ أن كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها فى الحال ، بل تبقى موقوفة الى حين تحرير العقد النهائى . اذ المفروض أن المتابعين ، بتسميتهما العقد بيعا ابتدائيا ، انما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن ـ فيما عدا ما قد يتفق عليه من عربون ـ حتى يحرر البيع النهائى ، وأن المشترى لا يطالب بتسليم المبيع ولا بريعه حتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائى فى آثاره انه ينشىء التزاما فى ذمة كل من الطرفين بابرام البيع النهائى فى الميعاد المتفق عليه (٣) .

= فى ذلك شأن البيع النهائى . وهذا يدل على أن المتبايعين قصدا بالبيع الابتدائى بيعا كاملا باتا منتجا لجميع آثاره .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائى ، أخذا بالعرف الذى جرى على اطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الاوضاع التى تطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٢) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

(٣) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائى بأنه عقد يقتصر على الزام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائى فى ميعاد معين ، فهو ينشىء فى ذمة كل منهما التزاما بعمل (obligation de faire) لا التزاما باعطاء (obligation de donner) . فاذا امتنع أحدهما عن ابرام البيع النهائى ، استصدر الآخر حكما يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذى رأيناه فى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد (أنظر بيدان ١١ فقرة ٣٢) . ومقتضى هذا التكييف انه لا تجوز الشفعة فى البيع الابتدائى، ولكن القضاء المصرى قد استقر على =

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان عمليتان هامتان :

(الأولى) لما كان البيع الابتدائى ينشىء كل آثار البيع ، فان الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار بيعا ابتدائيا ، وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائى ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (١) .

(والثانية) لما كان البيع الابتدائى ينشىء ـ الى جانب الالتزامات التى ينشئها البيع عادة (٢) ـ التزاما فى ذمة كل من الطرفين بابرام

= جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التكييف الذى نقول به فى المتن هو المتفق مع القضاء المصرى .

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ ـ ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ ـ ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر ان الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل لان حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط : نقض مدنى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٥٠ صفحة ٧١٤ .

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة ان يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ : نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ المجموعة السابقة قاعدة ٥١ صفحة ٧١٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن بيع العقار قبل ان يسجل ، لايزال من طبيعته نقل الملكية اذ ينشىء التزاما بنقلها فى جانب البائع ، وكل ما احدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى من تغيير فى احكام البيع ـ وعلى ما جرى به قضاء المحكمة ـ هو ان نقل الملكية بعد ان كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح ، أصبح متراخيا الى ما بعد شهره ، ولذلك يبقى البائع ملتزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما باداء الثمن ، الى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع : نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٢٩ ص ٧٢٥ .

كما قضت محكمة النقض بان عقد بيع العقار غير المشهر ينقل الى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها استنادا الى ان العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لانه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع =

البيع النهائى فى خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فانه اذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (١) عن القيام بالتزامه من ابرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر اجباره على القيام بهذا الالتزام. والسبيل الى ذلك هو أن يستصدر حكما ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائى ، واذا كان المبيع عقارا سجل الحكم فتنتقل ملكية العقار الى المشترى بتسجيله (٢) .

وعقد البيع الابتدائى لعقار وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى الا انه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام ان يصبح المبيع فى حيازة المشترى ، وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل

= الصحيح ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه برفض الدعوى تأسيسا على أن الطاعن لم يحتسب ملكيه المنزل محل النزاع لعدم شهر عقد شرائه فانه يكون قد اخطا فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٨ مايو سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٢٦٩ ص ٤٦١ .

(١) ومن المبررات ان يجد المشترى العقار المبيع مثقلا بحق عينى لم ترد اشارة اليه فى البيع الابتدائى ، فيحق للمشترى فى هذه الحالة الامتناع عن ابرام البيع النهائى وفسخ البيع الابتدائى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للمشترى أن يمتنع عن تحرير العقد النهائى وعن دفع الثمن اذا تبين له أثناء الاجل ان المبيع مثقل بحقوق عينية لم يخطره بها البائع (٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤: ٢٢٧ ـ ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٣ ـ ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) . وقضت أيضا بأن للمشترى فسخ البيع الابتدائى اذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية (٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢) .

(٢) وليس هذا الا تطبيقا للمادة ٢١٠ مدنى اذ تقول : « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذ سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى وعلى ما جرى قضاؤها دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه : نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٩٠ ص ١١٣٥ .

البقاء والقرار (١) .

٤٣ - مصير البيع الابتدائى عند ابرام البيع النهائى : قدمنا أن كلا من الطرفين ملزم بابرام البيع النهائى ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما مصير البيع الابتدائى بعد ابرام البيع النهائى ؟ ينسخ البيع النهائى البيع الابتدائى ويحل محله ، فلا يبقى الا هذا البيع النهائى لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول ان ابرام البيع النهائى يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائى ، فيعتبر الابتدائى كأن لم يكن ، ولا يكون هناك الا البيع النهائى . ومما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتى :

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائى ، لانه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبره بتاريخ البيع الابتدائى فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

---

(١) نقض مدنى فى ٨ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٩ ص ٤٤٣ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمى اتفق فيه الطرفان نهائيا على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التى سبقت هذا البيع النهائى . فاذا استحدث البيع النهائى تعديلا فى الشروط التى كانت مذكورة فى البيع الابتدائى أو فى دفتر العطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التى استقرت فى البيع النهائى (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائى فى تفسير ما غمض من الشروط فى البيع النهائى ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث جديداً فى شروط البيع النهائى ولا يتعارض فى شىء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦) فاذا كان العقد الابتدائى منصوصا فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائى هذا المنزل على وجه التعيين ، جاز استخلاص اشتمال المبيع على المنزل ايضا من مراجعة العقد الابتدائى (نقض مدنى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢) .

(٣) أما اذا كانت شروط البيع النهائى هى نفس شروط البيع النهائى يكون بمثابة تثبيت للبيع الابتدائى (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع اذا كان واقعا على عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية ، فتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس (م ٢/٤٢٥ مدنى) يكون وقت صدور البيع النهائى لا وقت صدور البيع الابتدائى .

٢ ـ يجوز أن يختلف البيع النهائى فى شروطه عن البيع الابتدائى ولكن ذلك لا يكون الا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل فى مقدار الشىء المبيع ، أو تعديل فى الثمن ، أو تعديل فى سائر شروط البيع الابتدائى ، ولا قيد عليهما فى ذلك الا وجوب اتفاقهما عليه (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفى التعاقد لمعرفة المقصر منهما قد رجع الى عقد البيع الابتدائى دون العقد النهائى الذى اختلفت شروطه عن العقد الابتدائى ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فانه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذى يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢ . وانظر أيضا : نقض مدنى ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للارض فى البيع الابتدائى ولكنها لم تذكر فى البيع النهائى) . انظر ايضا الاستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ ـ استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . واذا خلا البيع النهائى من الشرط الجزائى الوارد فى البيع الابتدائى ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن العقد النهائى دون العقد الابتدائى هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ، واذ يبين من العقد النهائى أنه قد خلا من الشرط الجزائى المنصوص عليه فى العقد الابتدائى ، فان هذا يدل على ان الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما الى عدم التمسك به أو تطبيقه : نقض مدنى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٢ ص ٥١٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن العقد النهائى دون العقد الابتدائى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين . واذ كان يبين من عقد البيع النهائى المشهر وفق ما اثبته الحكم المطعون فيه انه خلا من النص على الشرط السابع الذى كان منصوصا عليه فى العقد الابتدائى أو الاحالة اليه ، فان مفاد ذلك أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما الى عدم التمسك به أو تطبيقه ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فانه لا يكون قد شابه فساد فى الاستدلال : نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٨٣ ص ٥٢٨ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن العقد النهائى دون العقد الابتدائى ـ ان اختلفا فى بعض بنودهما ـ هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين : نقض مدنى فى ١٦ يونية سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٤٤ قضائية ، لم ينشر .

فاذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل فى شروط البيع الابتدائى ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه امضاء البيع النهائى بالشروط نفسها التى تم بها البيع الابتدائى .

٣ - اذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائى مكتوبا فى ورقة رسمية ، فان البيع يكون رسميا حتى لو كان البيع الابتدائى مكتوبا فى ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلا . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالثمن بموجب الورقة الرسمية التى حررت بالبيع النهائى ، كما يستطيع المشترى أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (١) .

٤ - اذا كان البيع الابتدائى قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعى ، فان هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير (٢) . فاذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى ، بقى حقه فى الشفعة قائما وبشروط البيع البتدائى ، حتى بعد ابرام البيع النهائى ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائى عن شروط البيع الابتدائى. واذا كان المشترى بعقد ابتدائى قد آجر العين التى اشتراها ، بقى ملتزما بهذا الايجار حتى بعد ابدال البيع الابتدائى بالبيع النهائى . واذا كان المشترى قد تصرف فى المبيع ، بقى أيضا ملزما بهذا التصرف ، حتى بعد ابرام البيع النهائى .

---

(١) ومن وقت ابرام البيع النهائى ، يستطيع البائع ان يطالب المشترى بالثمن اذا كان معجلا ، بل وله أن يمتنع عن ابرام البيع النهائى اذا لم يقبض الثمن فى مجلس العقد . وكذلك يستطيع المشترى من هذا الوقت أيضا أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريعه ، وهذا ما لم يكن هناك ميعاد آخر متفق عليه للتسليم ولاستحقاق الريع ، أو ما لم يوجد نص فى القانون يقضى بغيره .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع النهائى هو قانون المتعاقدين وليس العقد الابتدائى الا ان هذه القاعدة قاصرة على العلاقة بين طرفى عقد البيع حيث لا يوجد حق مباشر للغير مستمد من هذا العقد الابتدائى ، اما حيث يوجد هذا الحق بموجب الاشتراط لصالحه ، فان تسجيل العقد مع اغفال هذا الحق لا يؤثر على حقه الثابت بموجب العقد الابتدائى : نقض مدنى فى ٢٩ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٦٩ ص ٣٤٤ .

٥ ـ ويبدو أن الشفيع اذا فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى، جاز له الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى وفى مواعيد هذا البيع . ولكن اذا هو أسقط شفعته بعد علمه بالبيع الابتدائى ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى ، الا اذا اختلفت شروط البيع النهائى عن شروط البيع الابتدائى ، وبخاصة اذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفيع اذا كان قد نزل عن حقه فى أخذ المبيع بالشفعة بثمن معين ، فان هذا لا يستلزم حتما أنه قد نزل عن حقه فى أخذ هذا المبيع بالشفعة بثمن أقل .

٦ ـ حيازة العقار المستندة الى عقد البيع الابتدائى لاتؤدى الى كسب ملكيته بالتقادم الخمسى ، ذلك ان الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى اشترطت فى السبب الصحيح الذى تستند اليه حيازة العقار وتؤدى الى تملكه بالتقادم الخمسى ، أن يكون سندا صادرا من غير مالك وان يكون مسجلا طبقا للقانون (١) .

ثالثا ـ البيع بالعربون

٤٤ ـ الصورة العملية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) فى البيع الابتدائى فى الصورة التى بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعا ابتدائيا ، ويحددان ميعادا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الفقرة الاولى من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى الجديد نصت على انه « اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى ، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » ، كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن « السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء او صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب ان يكون مسجلا طبقا للقانون » ، ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة الى عقد بيع ابتدائى الى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٨٠ ص ٥٠٧ .

لابرام البيع النهائى ، ويتفقان فى البيع الابتدائى على عربون يدفعه المشترى للبائع • فاذا امتنع المشترى عن ابرام البيع النهائى فى الميعاد المحدد ، خسر العربون الذى دفعه للبائع ، وسقط البيع الابتدائى • واذا كان الذى امتنع عن ابرام البيع النهائى هو البائع ، ترتب علـى امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع ، ويخسر البـائع قيمـة العربون بأن يرد للمشترى العربون الذى أخذه منه ومعه مثله •

٤٥ ـ **أحكام البيع بالعربون** : وقد ورد نص فى التعاقد بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدنى على أن « ١ ـ دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك • ٢ ـ فاذا عدل من دفع العربون فقده ، واذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) • ونتولى الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (٢) •

والذى يقع عادة هو أن يعطى المشترى للبائع مبلغا من النقود يسميه عربونا ، ويعتبره مبـدئيا جزءا من الثمن • ويكـون لـدفع العربون على هذا الوجه احدى دلالتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، واما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عـن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حـق العدول عن البيع •

ولم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يغلب احدى هاتين الدلالتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصرى يتردد بينهمـا ويفسر نية المتبايعين بحسب العرف الجارى • والعرف فى مصر يجعل

---

(١) انظر فى تاريخ هـذا النص الوسـيط جزء أول فقـرة ١٤٠ ق الهامش •

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ ـ فقرة ١٤٢ •

دلالة العربون فى البيع الابتدائى جواز العدول ، وفى البيع النهائى التأكيد والبت (١) .

---

(١) الوسيط جزء اول فقرة ١٤١ ـ وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد العاقدين الى الآخر عند انشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى امضاء العقد أو نقضه . ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك اذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع الا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيرا للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على البتات (٣٠ اكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ ـ ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ ـ ١١ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ ـ ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ ـ ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ ـ ٥ ابريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ـ وانظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩ ص ٦٥ ـ ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٣٦) . وهناك أحكام تقضى بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ ـ القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ ـ استئناف مختلط ١ ابريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ ـ ٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) ، وأحكام تقضى على العكس من ذلك بأن العربون فى حالة الشك يكون دليلا على البتات ويكون بمثابة شرط جزائى (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ، رقم ١٢٢/٣ ص ٤٨٦ ـ ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢/٧ ص ٢٩٢) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتاكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ـ ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) . وقضت أيضا بأنه اذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ، لم يجز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما اذا لم يعين وقت لجواز العدول ، جاز العدول الى وقت التنفيذ . ولا تجوز اساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبائع الذى اظهر نيته فى أن يمضى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول ، واخذ يقوم بالاجراءات =

ثم جاء التقنين المدنى الجديد بالنص الذى قدمناه ــ م ١٠٣ مدنى ــ يقيم قرينة قانونية تقبل اثبات العكس • وتقضى هذه القرينة بأن الأصل فى دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، الا اذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد (١) • وقد قدمنا أن العربون لا يدفعه المشترى

= اللازمة لاتمام العقد حتى أوشك على اتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضا ان يدفع تعويضا لاساءة استعمال حقه فى العدول (٥ ابريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبقت الاشارة اليه) • وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بانه وان كان لكل من الطرفين حق الخيار فى الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، الا انه لا يجوز التمادى فى ذلك الحق الى أجل غير محدود ، فان كان المتعاقدان قد حددا ميعادا لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق الا لغاية الاجل المضروب بحيث اذا انقضى الميعاد سقط حقهما فى النقض • فان لم يكن ثمة ميعاد فيدوم خيار النقض ، اما الى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع المبيع للمشترى أو دفع المشترى للبائع أقساطا من الثمن ، واما الى ان يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفا رسميا بتنفيذ الاتفاق أو ابداء رغبته فى نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى التعاقد معلقا الى أجل غير مسمى (٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٤) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدنى ، أن دفع العربون وقت ابرام العقد ، يدل على جواز العدول عن البيع ، الا اذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على ان دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن : نقض مدنى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٥٦ ص ٣٤٤ •

كما قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه احد العاقدين الى الآخر عند انشاء العقد ، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه ان يجعلا لكل منهما الحق فى امضاء العقد أو نقضه ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى : نقض مدنى فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٢٠ ص ٧٤٣ •

وقضت محكمة النقض أيضا بأن النص فى المادة ١٠٣ من التقنين المدنى على أن « دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك» يدل على قيام قرينة قانونية ــ قابلة لاثبات العكس ــ تقضى بان الاصل فى دفع العربون ان تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، الا اذا اتفق الطرفان صراحة او ضمنا على ان دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد : نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٧٠ صفحة ١٩٩٢ •

عادة للبائع الا عند توقيع البيع الابتدائى ، أما عند توقيع البيع النهائى فالذى يدفع هو الثمن اذا كان معجلا أو تسدد منه اذا كان مقسطا أو لا يدفع منه شيء أصلا اذا كان مؤجلا • فنقتصر على الصورة العملية التى يدفع فيها المشترى العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائى •

فاذا لم يتبين من العقد الابتدائى ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ، فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد بـه أن يكون لكل من المتبايعين حق الرجوع فى البيع وعدم ابرام البيع النهائى• وفى هذه الحالة يستطيع المشترى أن يرجع فى البيع • فيخسر العربون الذى دفعه الى البائع ولا يسترده منه فى نظير هذا الرجوع (١) • ولا يعتبر العربون تعويضا عن ضرر أصاب البـائع ، بل هو جزاء حتمى يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخـر ، حتى لـو لم يترتب عـلى العدول أى ضرر كما هو صريح النص (٢) •

---

(١) وهذا على ان يكون رجوعه فى المدة المتفق عليها اذا حددت مـدة للرجوع ، فاذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكد العقد ، وأصبح العربون جزءا من الثمن • اما اذا لم تحدد مدة للرجوع ، فللمشترى الرجوع فى أى وقت الى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مختلط ٥ ابريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ـ ٨ يونيـه سـنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩) • على ان المشترى ، حتى فى خلال المدة التى يجوز له الرجوع فيها ، اذا أظهر نيته فى امضاء العقد وتنفيذه ، أعتبر انه قـد أساء استعمال حقه اذا رجع بعد ذلك ، وكان مسـئولا عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مختلط ٥ ابريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان قد نص فى عقـد البيع صراحة على أن المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك الى تتيح للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بانه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم ، ولا يعيب المحكمة عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من انه عقد بيع نافذ المفعول ما دامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها ان حق المشترى فى العدول عن العقد لا يسقط الا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول : نقض مدنى فى ٥ ابريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ صفحة ٥٠٨ •

كذلك يستطيع البائع أن يرجع فى البيع ، ويكون الجزاء على هذا لعدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشترى قيمة العربون ، فيرد له أولا لعربون الذى أخذه منه ثم مقدار معادلا له هو الذى يستحقه المشترى بوق استرداده لما دفعه (١) • وهذه القرينة القانونية التى استحدثها لتقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها الا فى عقود البيع التى تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ •

وقد يبين البيع الابتدائى دلالة العربون • فاذا بينها على أنها لجواز لعدول عن البيع ، كان الحكم الذى قدمناه • واذا بينها على أنها للبت التأكيد ، لم يجز لأى من المتبايعين الرجوع فى البيع ، واعتبر العربون لمدفوع جزاء من الثمن (٢) ، وجاز لأى من الطرفين الزام الطرف لآخر بابرام البيع النهائى (٣) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المشترى برد ضعف العربون لوارد فى الاتفاق لتخلف البائع عن تنفيذ صفقة البيع المتفق عليها ، تكون طريق الدعوى العادية وليس عن طريق أمر الاداء لان المطالب به ليس ثابتا كله فى الاتفاق : نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام لنقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٩ ص ١٥٩٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى اقام الحكم المطعون فيه قضاءه أن الورقة ـ المتنازع على تكييفها ـ تتضمن بيعا باتا وليست مشروع بيع و وعد بالبيع أو بيعا بالعربون ، على انه تحدد فيها البائعون والعين المبيعة الثمن وما دفع منه وتعهد فيها المشترى بالوفاء بالباقى طبقا للمساحة لحقيقية كما أقر باستلام العين المبيعة بحالتها والتزامه بالاموال الاميرية يدفع تعويض قدره مائتى جنيه ان امتنع عن تنفيذ التزامه وان المبلغ لمدفوع والموصوف بانه عربون انما يوازى نصف الثمن تقريبا ، وقدم لبائعون والمشترون العقد للمساحة لامكان شهره ، فان محكمة الموضوع لا تكون قد أخطأت فى التكييف القانونى للورقة المتنازع عليها لان أركان لبيع وشروط صحته تتوافر فى هذه الورقة : نقض مدنى فى ٢٥ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ صفحة ٨٠٥ •

(٣) ويعتبر دفع العربون تنفيذا جزئيا يجب استكماله• ونجرى على العقد لذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض او بالفسخ • واذا فسخ العقد وترتب على لفسخ تعويض فليس من الضرورى ان يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو اقل بحسب جسامة الضرر (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة لمجلد الاول فقرة ١٤٢ ص ٣٣٩) •

وقد يبين البيع الابتدائى ان للعربون دلاله العدول بالنسبه الى أحد المتعاقدين دون الاخر . فيجعل للبائع وحده الحق اما فى الزام المشترى بابرام البيع النهائى ، واما فى الاقتصار على اخذ العربون مع اسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائى هذا الحق للمشترى وحده ، فيجوز له اما الزام البائع بابرام البيع النهائى واما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

واستظهار منه المتعاقدين فيما اذا كانا قصدا بيعا بالعربون أو قصدا ان يكون البيع باتا منجزا بشرط جزائى ، متروك لتقدير محكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعوى ووقائعها متى اقامت استخلاصها على اسباب سائغه (١) . ولا يقبل التمسك امام محكمه النقض لاول

= هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الاتى : ١ ـ اذا نفذ الالتزام الذى من اجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فاذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ ـ ويتعين كذلك رد العربون اذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون احد من المتعاقدين مسئولا عنها ، او اذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين او باتفاق بينهما » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لامكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ ـ ص ٨٢ فى الهامش) . وبديهى انه اذا تقرر تنفيذ البيع الذى دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذا جزئيا لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبى ، فان العقد ينفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد بخطأ من المتبايعين كليهما او باتفاق بينهما ، فليس احدهما اولى بالمسئوليه من الاخر ، فيرد العربون لمن دفعه (بودرى وسينيا فقرة ٨٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى اقام الحكم المطعون فيه قضاءه بان الورقه المتنازع على تكييفها تتضمن بيعا باتا وليست مشروع بيع او وعدا بالبيع او بيعا بالعربون على أنه وقد تحدد فيها البائعون والعين المبيعه والثمن وما دفع فيه وتعهد فيها المشترى بالوفاء بالباقى طبقا للمساحة الحقيقية كما اقر باستلام العين المبيعة بحالتها والتزامه بالاموال الاميرية ويدفع تعويض قدره مائتى جنيه اذا امتنع عن تنفيذ التزامه وان المبلغ المدفوع والموصوف بانه عربون انما يوازى نصف الثمن تقريبا وقدم البائعون والمشترون العقد للمساحة لامكان شهره ، فان محكمة الموضوع لا تكون قد اخطات فى التكييف القانونى للورقة المتنازع عليها لان أركان =

مرة بان العقد هو بيع بالعربون (١) •

٤٦ – التكييف القانوني للعربون : قدمنا أنه اذا كانت دلالة العربون جواز الرجوع في البيع ، فان العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الاخر • ولكن هذا الالتزام ليس تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فان النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر • فالعربون

= البيع وشروط صحته تتوافر في هذه الورقة : نقض مدني في ٢٥ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٢٤ ص ٨٥٥ •

كما قضت محكمة النقض بان استظهار نية العاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، واذ كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من نصوص العقد وظروف الدعوى وبأسباب سائغة ، ان المتعاقدين قصدوا ان يكون البيع باتا منجزا بشرط جزائي ، ولم يقصدوا ان يكون بيعا بعربون ، فان النعي على الحكم بهذا السبب لا يعدو ان يكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه : نقض مدني في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٥٦ ص ٣٤٤ •

وقضت محكمة النقض ايضا بان النص في الفقرة الاولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني على ان « دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك » يدل على انه وان كان لدفع العربون دلالة العدول ، الا ان شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك والمرجع في بيان هذه الدلالة هو لما تستقر عليه نية المتعاقدين واعطاء العربون حكمه القانوني ، واذ كان الحكم المطعون فيه بعد ان أورد نص البندين ••• و ••• من عقد البيع – وقد جاء صريحا في ان ما دفعه المشتريان هو « عربون » – والذي ينص اولهما على موعد محدد للتوقيع على العقد النهائي ويتضمن الثاني الشرط الفاسخ الصريح انتهى الى ان نية المتعاقدين استقرت على ان يكون العقد باتا – وهو استخلاص موضوعي سائغ – ثم رتب الحكم على ذلك رفض دفاع الطاعنين البائعين بان لهما الحق في خيار العدول ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه : نقض مدني في ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٣ ص ٤٥٧ •

(١) وقضت محكمة النقض بأنه اذ كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بان العقد موضوع الدعوى هو بيع بالعربون فانه لا يقبل التحدي بهذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض : نقض مدني في ١٨ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص ١٠٢٠ •

اذن معناه فى نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا اثبات حق الرجوع لكل منهما فى نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلا العربون مقابلا لحق الرجوع • ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون اذا تبين أن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا تجوز زيادته اذا تبين ان الضرر أكبر ، ما لم يكن هناك تعسف فى استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا تعويضا عن الرجوع فى ذاته • ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى اذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر ، كما سبق القول •

فالعربون اذن هو مقابل للرجوع فى البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع • فيمكن تكييفه بانه البدل فى التزام بدلى • ويكون المدين ــ بائعا كان أو مشتريا ــ ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ودائنا فى الوقت ذاته بالحق الذى يقابل هذا الالتزام • ولكن تبرأ ذمته من من الالتزام ــ ويسقط بداهة الحق المقابل تبعا لذلك ــ اذا هو أدى العربون (١) • ويترتب على ذلك أن العربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه انما هو تنفيذ للعقد وليس فسخا له (٢) •

---

(١) واذا كان العربون مقترنا بوعد بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البدلى المحض • اذ الواعد ــ وهو الذى دفع العربون ــ يلتزم بابرام العقد النهائى اذا ظهرت رغبة الآخر فى ابرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البدل (قارن سينيا فقرة ٨٨) •
أنظر أيضا محاضرات الاستاذ حسن الذنون فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٣ ، وهو يتفق معنا فى هذا الرأى • ويعترض الاستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بدلى بأن « الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ، ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاما بدليا » (البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢) • ولا نرى ما يمنع من ان يكون المحل الاصيل فى الالتزام البدلى محالا متعددة ، بينما يكون البديل محلا واحدا •

(٢) وفى الفقه الفرنسى يذهب بعض الفقهاء الى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من =

ويختلف العربون في حد ذلك عن الشرط الجزائي • فان الشرط الجزائي تعويض • اتفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذى ينشأ عن الاخلال بالعقد • ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة • بل جاز له الا يحكم به اصلا اذا لم يلحق الدائن اى ضرر • وهذا ما يخالف العربون (١) كما سبق القول •

= المتبايعين فسخ البيع في نظير العربون (كولميه دى سانتير ٧ فقرة ١١ مكرره تاسعا وعاشرا — جيوار ١ فقره ١١) • ويذهب بعض آخر الى انه بيع معلق على شـــرط واقف ، فلا ينفذ الا اذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع احـــد المتبايعين في البيع ، ومن ثم يكمل استعمال الملكية الى ان يتحقق الشرط الواقف ولكن اذا تحقق انقلب باثر رجعي ، وتكون تبعة هلاك المبيـــع قبـــل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشترى (بودرى وســـــينيا فقرة ٨٠ — كولان وكابيتـــان ١ فقره ٨٢٨ — جوسران ٢ فقره ١٠٦٨ — وقارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٦ ص ٢٤١) • وســـواء اعتبر البيع معلقا على شرط واقف او على شـــرط فاسخ ، فانه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون مادام البيع يزول بأثر رجعي بتحقق الشرط الفاسـخ او بعدم تحقق الشرط الواقف •

انظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصرى الاستاذ انور ســـلطان فقرة ٩٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٦٠ •

وانظر في ان البيـع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين ، أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصـــد المتعاقدين ، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق ان يدفع مبلغا يوازى قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الاخير باتا الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٣ •

(١) ويرجع فيما اذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هــو شرط جزائي أو عربون الى نيتهما مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض • وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضـــوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعا باتا منجزا بشرط جزائي ولم يقصدا ان يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — وانظر ايضـا نقض مدنى ٢١ مارس ســنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢ وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم) •

واذا كان ثابتا أن كل ما دفعه المشترى ، سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع ، انما هو من الثمن المتفق عليه لا مجـرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ ، وأن المتعاقدين اكدا نيتهما هذه بتصـــرفاتهما التالية للعقد ، كان البيع باتا خاليا من خيار الفسخ (نقض مدنى ٢٠ ابريل =

فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو نفس التكييف القانوني للتعويض. ولا يجوز القول بإن التعويض بدل فى التزام بدلي . لإن المدين لا يملك ان يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الاصلي تنفيذا عينيا اذا كان هذا التنفيذ ممكنا وطالب به الدائن (١) .

سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ص ٢٢٠) .

واذا كانت المحكمة لم تبين فى اسباب حكمها فى خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع ان كان عربونا يفقده المشترى كفدية يتحلل بها عند نكوله عن اتمام ما اتفق عليه مع البائع ام انه كان جزءا من الثمن لا يحكم به للبائع كتعويض الا متى ثبت خطأ المشترى وحاق ضرر بالبائع ، بل قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى اتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربونا أو جزءا من الثمن ، دون ان تمحص دفاع المشترى ومؤداه ان عدوله عن اتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق واياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه كان لزاما على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو فى حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين ، واذ هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتا ، أو انه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول ، اذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان مقاما على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩).

ومتى كان قد نص فى عقد البيع صراحة على ان المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم . ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ المفعول » ، مادامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشترى فى العدول عن العقد لا يسقط الا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ١٤٢ ص ٣٤٠ هامش رقم ١ .

المطلب الثـانى

التبايع بطريق النيابة

٤٧ - جواز التبايع بطريق النيابة وتطبيق القواعـد العـامة : يجور التبايع بطريق النيابة ، فيباشر البيع نائب عن البائع ، أو يباشر الشراء نائب عن المشترى ، أو يباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشترى . فيتم البيع وفقا للقواعد المقررة فى النيـابة فى التعاقد ، وهى القواعد التى سبق بسطها فى الجزء الأول من الوسيط (١)

فتحل ارادة النائب عن البائع أو عن المشترى محل ارادة الأصيل، مع انصراف أثر هذه الارادة - أى انصراف الحقـوق والالتزامـات الناشئة من عقد البيع - الى شخص الأصيل كما لو كانت الارادة قـد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل ، وأن تجرى ارادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب . وقد سـبق بيـان ذلك تفصيلا عند الكلام فى النيابة فى التعاقد (٢) .

والنيابة بالنسبة الى المصدر الذى يحدد نطاقها ، تكون اما نيابة قانونية اذا كان القانون هو الذى يحـدد هذا النطـاق كما فى الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائى ، واما أن تكون نيابة اتفاقية اذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا فى عقد الوكالة .

ولا يشترط فى عقد الوكالة الصادرة للغير بالبيع أو الشراء شكلا خاصا ولو انصبت على عقارات ، ذلك ان عقد البيع فى القانون المصرى عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضى

---

(١) الوسيط جزء اول فقرة ٨٣ - فقرة ٩٧ .
(٢) الوسيط جزء اول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

المتبايعين ، ومن ثم فان الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية ولا يشترط فيها شكل خاص لانعقادها (١) • واشتراط قانون الشهر العقارى اشهار عقد بيع العقار لنقل ملكيته لا يضفى على هذا العقد شكلا رسميا معينا ولم يغير من طبيعته من حيث كونه عقدا رضائيا ينعقد بمجرد توافق ارادة المتبايعين (٢) •

فيجوز اذن أن ينوب عن البائع أو عن المشترى وكيل ، وهذا يدخل فى الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٣) • كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى — على ما افصحت عنه المادة ٤١٨ منه — عقدا رضائيا ، اذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين ، وسواء كان فى حقيقته بيعا أو يستر هبه ، فان الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية ، ولا يستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ منه ، وبالتالى فان الوكالة فى البيع تخضع فى شكلها الخارجى لقانون محل ابرامها : نقض مدنى فى ١٧ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٣٧ ص ٧٧٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون تنظيم الشهر العقارى فيما يتطلبه من تسجيل عقد بيع العقار لا يضفى على هذا العقد شكلا رسميا معينا ، فهو لم يغير شيئا من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين ، وانما قد عدل فقط آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل متراخيا الى ما بعد حصول التسجيل ، واذ كان نص المادة ٧٠٠ من القانون المدنى يوجب ان يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، فان الوكالة فى بيع وشراء العقار تكون هى ايضا رضائية ولا يستوجب القانون شكلا رسميا لانعقادها ، وهذا الامر يستوى سواء أكانت الوكالة سافرة ام وكالة مستترة : نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٣١ ص ١٢٠١ •

(٣) ونقتصر هنا على الاشارة الى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الادارة ، فلابد من وكالة خاصة فى كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكفى الوكالة الواردة فى الفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة انما تكفى فى أعمال الادارة لا فى اعمال التصرف (م ٧٠١ مدنى) • وقد نصت المادة ٧٠٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء • ٢ — والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل =

المشترى ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى • وفى الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل قبل التعاقد أو اجازة منه بعد التعاقد (م١٠٨ مدنى) •

ويلاحظ ان ، اشترطته المادة السابعه من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى فقرتها الثانية من وجوب خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لا ستئذان المحكمة ، اما اذا كانت الأموال التى باعها الاب قد آلت للقاصر بطريق التبرع منه فانه لا يكون مقيدا باستصدار اذن المحكمة بابرامه ولا تسرى فى شأنه شرط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس قيمة المبيع (١) •

= من التبرعات • ٣ – والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة الا فى مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى » •

ويخلص من هذا النص أن التوكيل فى البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلا خاصا ، أى توكيلا يذكر فيه هل التوكيل فى البيع او فى الشراء ، ولا يشترط فى هذا التوكيل الخاص تعيين الشىء الذى يباع أو يشترى •

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة عن زوجها فى شراء الحاجات المنزلية (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت وكالة الابن لا تخول له صفة الا فى أعمال الادارة ، فان هذه الوكالة لا تؤدى الى ثبوت صفة للابن فى بيع الاقطان نيابة عن والده : نقض مدنى فى ١٩ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٥٩ ص ١٠١٧ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى فقرتها الثانية على انه « لا يجوز للمحكمة ان ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر فى خطر او كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » • ومفاد ذلك ان اشتراط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة ، واذ كان عقد البيع الصادر من الولى الشرعى ببيع اطيان النزاع – التى الت للقاصر بطريق التبرع من ابيه – الى المطعون ضدها =

ونقف عند هاتين المسألتين : ١ ـ التبايع عن طريق ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى • ٢ ـ بيع النائب لنفسه•

١ ـ التبايع عن طريق ولى أو وصى او قيم او وكيل عن الغائب أو حارس قضائى

٤٨ ـ **المصادر التشريعية :** النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قدمنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية • وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى •

فالمصدر التشريعى الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب • وقد كانت هذه النصوص قبلا يحتويها قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ • وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ • ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال •

والمصدر التشريعى الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه يحتويها التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ الى ٧٣٨ •

ونستعرض ، طبقا لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولى ، ثم مدى ولاية الوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائى ، فى البيع والشراء ، اذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخريين •

= الاولى غير مقيد بصدور اذن من المحكمة بأبرامه ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٧٢ ص ١٤٣٩ •

٤٩ - **ولاية الولى فى البيع والشراء :** الولى هو أبو القاصر أو جده، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية اذا زادت قيمة أى منها على ثلثمائة جنيه ، الا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . وقضت المادة ٨ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثمائة جنيه ، الا باذن المحكمة وتحت اشرافها ، اذا كانت هذه الاموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بألا يتصرف ولى القاصر فى المال الموروث . أما اذا كانت الأموال قد آلت الى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها ، ولو زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ، بدون اذن المحكمة . ويخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف فى منقولات ابنه الصغير أيا كانت قيمتها بدون اذن المحكمة ، الا اذا كانت هذه المنقولات أوراقا مالية أو محلا تجاريا ولم تكن قد آلت الى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب اذن المحكمة اذا زادت قيمة هذه الاموال على ثلثمائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف فى عقارات الصغير بدون اذن المحكمة ، اذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثمائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت الى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع (١) ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال اذ نصت على انه « لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولا يلزم الاب بتقديم حساب عن هذا المال » ، فقد دلت على أعفاء الولى الشرعى من كافة القيود الواردة فى القانون سواء كانت قيود حظر موضوعية، أو قيودا متعلقة بالادارة أو التصرف بالنسبة للمال الذى آل منه للقاصر بطريق التبرع فيعفى من اجراءات الحصول على اذن من المحكمة حيث يشترط الآذن لجواز التصرف، كما يعفى من الاحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب : نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٧٢ ص ١٤٣٩ .

والا فيجب اذن المحكمة . وفى جميع الأحوال ، أى فى المنقولات والعقارات ، يجب اذن المحكمة أيا كانت القيمة ، اذا كانت هذه الاموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بألا يتصرف ولى القاصر فى المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع (٢) .

---

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية ، كانت أحكام الشريعة الاسلامية هى المتبعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى ببطلان عقد بيع الاطيان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته وليا عليه الى ابن آخر من زوجة اخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله : « ... فالثابت من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الاب اذا كان فاسد الرأى سيء التدبير وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع الا اذا كان بالخيرية وهى بالنسبة للعقار لا تكون الا بضعف قيمته ، فان باعه باقل من الضعف لم يجز هذا البيع » ، فهذا الذى اقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه للقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية التى كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدنى ٧ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان البين من عقد البيع أنه ينص على ان المورث قد باع العقار محل النزاع الى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده القصر ودفع الثمن تبرعا منه لأولاده المذكورين ورأت المحكمة ان الادعاء بأن دفع المورث الثمن بصفته وليا شرعيا يفيد أنه من مال القصر لا يتسق وباقى عبارات العقد من ان المورث قد تبرع بالثمن ووهبه لأولاده القصر الذين اشترى العقار لهم والتزم بعدم الرجوع فى تبرعه بما يدل على أنه قد تبرع بالثمن فى العقد الامر الذى يفصح عن ان التصرف هبة سافرة وليس بيعا اذ لم نستوف بيانات العقد احد أركان البيع وهو الثمن ومن ثم فلا يصلح لستر الهبة الحاصلة بموجبه والتى تعتبر باطلة لعدم اتخاذها الشكل الرسمى ولا تعتبر وصية لأن العقد غير محرر بخط المورث ولم يصدق على توقيعه عليه ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر يكون مخطئا فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٧٧ ص ٨٩١ .

كما قضت محكمة النقض ان المادة ٤٨٨ من القانون المدنى تجيز حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وهى تخضع فى شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذى يسترها ، والهبة المستترة فى صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعا فى الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده ، أى مذكورا فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده ، واذ كان الواقع فى الدعوى ان العقد استوفى ظاهريا الاركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن ، وانه صدر من الطاعن بصفته الشخصية الى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت ان كانوا قصرا ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدنى تجيز =

وتكييف عقد البيع الصادر للقاصر من ابيه وهل قصد به بيعا حقيقيا دفع فيه الثمن من طرف ثالث تبرعا للقاصر ام قصد بالبيع فى حقيقته هبة ستتره من الاب فى صورة بيع ، يدخل فى اختصاص المحاكم المدنية ولا شأن لمحكمة الاحوال الشخصية (١) ٠

أما الجد فلا يجوز له التصرف فى مال القاصر اطلاقا ، عقارا كان أو منقولا ، وسواء كان التصرف بيعا أو شراء ، الا باذن المحكمة (م١٥ من قانون الولاية على المال)٠

ولا يجوز للولى ، أبا كان أو جدا ، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه الى الدرجة الرابعة) الا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) ٠ فاذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما الجد فيلزمه أن يطلب تعيين وصى خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) ٠

٥٠ — ولاية الوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى البيع والشراء (٢) :

= للولى الشرعى ان ينوب عن الموهوب له فى الهبة ، ولو كان هو الواهب فيكون له ان يتعاقد مع نفسه ، فان التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة فى صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة : نقض مدنى فى ١٤ ١٤ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ١٤٤ ص ٧٨٦ ٠

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الخلاف حول ما اذا كانت ملكية القاصر للاطيان موضوع النزاع قد آلت اليه من والده على سبيل الهبة أم بطريق البيع هو فى حقيقته نزاع حول تكييف عقد البيع الصادر للقاصر من ابيه وهل كان بيعا حقيقيا دفع فيه الثمن من طرف ثالث تبرعا للقاصر ام كان هبة من الاب فى صورة عقد بيع ٠ وهو بهذا الوصف تكييف لا شأن لمحكمة الاحوال الشخصية به بل هو من صميم اختصاص المحكمة المدنية : نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٧٢ صفحة ١٤٣٩ ٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كانت الوصية حين تصرفت ببيع الاطيان المملوكة للطاعنة انما كان ذلك باعتبارها نائبة عنها نيابة =

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصى التصرف فى أموال القاصر ، عقارا كان المال أو منقولا ، وبيعا كان التصرف أو شراء ، الا باذن المحكمة (١) • ولابد من اذن خاص فى ذلك اذا أراد الوصى شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصى خاص(ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) • وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (٢) •

= قانونية تحل فيها ارادتها محل ارادة الاصيل — القاصر — مع انصراف الاثر القانونى لهذه الارادة الى هذا الاخير كما لو كانت قد صدرت منه : نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٢٠٧ السنة ٤٩ قضائية لم ينشر •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن موافقة محكمة الاحوال الشخصية للولاية على المال على ما ابرمه الوصى من بيع عقار القاصر يجعل هذا العقد صحيحا نافذا بين طرفيه فلا يملك ايهما التحلل منه بارادته المنفردة ، وانما يتم انحلاله باتفاقهما رضاء أو بصدور حكم قضائى بينهما بذلك ، ومن ثم لا يكون لقرار محكمة الاحوال الشخصية للولاية على المال اللاحق بالعدول عما كانت قد وافقت عليه من أثر على العقد الذى سبق ان انعقد صحيحا بناء على هذه الموافقة : نقض مدنى فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٤٩ قضائية ، لم ينشر •

(٢) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولى او الوصى او القيم أو الوكيل عن الغائب الا باذن المحكمة ، فان التصرف قبل اذن المحكمة يكون موقوفا على شرط هو صدور اذن المحكمة ، فان صدر الاذن نفذ التصرف من وقت ابرامه ، والا فانه يسقط (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٧ ص ١٦٧ — محكمة شبين الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) • ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الى ان التصرف يكون باطلا بطلانا نسبيا ويصححه اذن المحكمة (نقض مدنى ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢) • وذهبت محكمة استئناف مصر الى ان التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا فلا تصححه الاجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) • ويذهب الاستاذ سليمان مرقس الى ان التصرف يكون صحيحا غير نافذ وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، ويستند فى ذلك الى المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال فهى تجعل التصرف « غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء النيابة » (انظر الاستاذ سليمان مرقس فى البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) • وعبارة المذكرة الايضاحية غير صريحة فى ادخال نظام العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف فى الفقه الاسلامى فى =

على أن هناك ضروبا من البيع والشراء تلحق بأعمال الادارة ، فهذه يجوز أن يباشرها الوصى والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة الى الحصول على اذن المحكمة ، وذلك كبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه •

٥١ ــ **ولاية الحارس القضائى** : يعين الحارس القضائى على المال فى حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام فى شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه (م ٧٢٩ ــ ٧٣٠ مدنى) •

ويعين الحارس باتفاق ذوى الشأن جميعا ، والا تولى القاضى تعيينه (م ٧٣٢ مدنى) •

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدنى) ، فاذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الادارة دون حاجة الى اذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلابد فيها من الاذن (م ٧٣٥ مدنى) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقا بأعمال الادارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة الى الحصول على اذن المحكمة •

= قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الايضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح : نقض مدنى فى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣ •

٣ ــ بيــع النائب لنفسه

٥٢ ــ **القاعدة العــامة :** رأينا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدنى تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل • على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد • كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القــــانون أو قواعد التجارة » • ويتبين من هذا النص أنه لا يجوز للنائب عــن البائع أن يبيع الشىء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضا ، كما لا يجوز للنائب عن المشترى أن يبيع مال نفسه أو مال شــخص هو نائب عنه أيضــا من المشترى الذى هو نائب عنه •

ذلك أن النائب يتحكم بارادته وحده فى مصلحتين متعــارضتين • والتعارض ، فىحالةما اذا كان النائب ينوب عنالمتابعين معا ، لمحساب حسابه أحد من الأصيلين • وهو ، فى حالة ما اذا كان النائب ينوب عــن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشـــخصية ذاتها • فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين •

٥٣ ــ **تطبيقات خاصةفى بيعالنائب لنفسه ــ النصوص القانونية:** وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام فى عقد البيع ، تحت عنوان بيع النائب لنفسه ، فى المواد ٤٧٩ ــ ٤٨١ مدنى (٢) •

فنصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غــيره

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٧ •

(٢) هذا عدا ما ورد فى قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الاب أو الجد فى عقار الصغير لنفســـه وعدم جواز تصرف الوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى مال المحجور لنفسه ، وذلك كله ما لم يصــدر اذن من المحكمة يجيز التصرف ، وقد سبقت الاشــارة الى ذلك (أنظر آنفا فقرة ٤٩ وفقرة ٥٠) ، وسنعود اليه فيما يلى (انظر فقرة ٥٤) .

بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترى لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، مانيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » • ونصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » • ونصت المادة ٤٨١ مدنى على أنه « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه »(١) •

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى : « لا يجوز البيع فى الاحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد المشترى الصفقة باسمه أو بأسم مستعار : (أ) اذا كان المشترى وصيا أو قيما أو نائبا عن غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه • (ب) اذا كان المشترى وكيلا بالبيع ، واشترى المال الموكل ببيعه • (ج) اذا كان المشترى منوطا به ادارة عين أو كان موظفا عاما ، واشترى المال المعهود اليه فى بيعه أو المال الذى يجب أن يتم بيعه على يده • (د) اذا كان المشترى سنديكا او حارسا مصفيا ، واشترى مال التفليسة أو مال المدين المعسر • (هـ) اذا كان المشترى مصفيا لشركة أو لتركة ، واشترى المال الذى يصفيه • كل هذا ما لم يصدر اذن من القضاء فى البيع ، وكل هذا دون اخلال بما ينص عليه قانون الاحوال الشخصية من احكام • وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث اصبح متفقا مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا العبارة الاخيرة حيث كانت : « مع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى القوانين الخاصة » • وأصبحت المادة ٥٠٦ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب • وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين اخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٤٧٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥) •

م ٤٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد • ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائى ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ ـ ص ٢٢٧) •

م ٤٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على =

ويقابل هذه النصوص فى التقنين المـدنى السـابق المـادة ٢٥٨/ ٣٢٥ (١) •

ويقابل فى التقنينات المدنيه العربيه الاخرى : فى التقنين المـدنى السورى المواد ٤٤٧ — ٤٤٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤٦٨ — ٤٧٠ ، وفى التقنين المدنى العـراقى المـواد ٥٨٨ — ٥٩٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٧٨ — ٣٧٩ و ٣٨١ ، • وفى التقنين المدنى الكويتى المدنين ١٤ه — ١٥ه ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٥٤٩ (٢) •

= الوجه الاتى : « ١ — على انه يجوز فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ، ان يجيز العقد من تم البيع لحسابه ، اذا توافرت وقت الاجازة الاهليه الواجبه • ١ — فاذا رفض اجازة العقد ، وبيع المال من جديد ، تحمل المشترى الاول مصروفات البيع الثانى وما عسى ان يكون قد نقص من قيمـه المبيع » • وفى لجنه المراجعه حذفت الفقرة الثانيه لان حكمها مسـتفاد من القواعد العامه ، وعدلت الفقرة الاولى بحيث اصبح النص مطابقا لما أستقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واصبح رقمه ٥٠٨ فى المشـروع النهائى • ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشـيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ وص ٢٣١) •

(١) التقنين المدنى السابق ٢٥٨/٣٢٥ : لا يجوز لمن يقوم مقام غـيره بوجه شرعى كالاوصـياء والاولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكليهم ، ان يشتروا الشىء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة • فاذا حصل الشراء منهم ، جاز التصـديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق •

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى معرض الموازنة بين التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السـابق ما يأتى : زيد (فى التقنين الجديد) على النواب السـماسرة والخبراء فى الاموال المعهود اليهم فى بيعها نقلت عن التقنين التونسى م ٥٦٩ — نص المشرع صراحة على ان البيع ممنوع او تقدير قيمتها ، لان حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشـروع وقد نقلت عن التقنين التونسى م ٥٦٩ — نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الاولى يزيـل لبسا ، وعلى الحالة الثانية يواجه أمرا كثير الوقوع — أجـاز المشروع تصحيح البيع • لا باجازة من تم البيع لحسـابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء فى البيع قبل حصوله ، كالوصى يستأذن المجلس الحسبى » (مجمـوعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠) •

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين** المدنى السـورى م ٤٤٧ — ٤٤٩ (مطابقة للمواد ٤٧٩ — ٤٨١ من التقنين المدنى المصرى) • =

= وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقره ٣٠٤ ـ فقرة ٣٠٦ ·

التقنين المدنى الليبى م ٤٦٨ ـ ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩ ـ ٤٨١ من التقنين المدنى المصرى) ·

التقنين المدنى العراقى م ٥٨٨ : ١ ـ يجوز للاب الذى له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله ان يشترى مال ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد · ٢ ـ والجد كالاب فى الحكم ·

م ٥٨٦ : لا يجوز للوصى المنصوب او للقيم المقام من قبل المحكمة ان يبيع مال نفسه للمحجور ، ولا ان يشترى شيئا من مال المحجور مطلقا ، سواء اكان فى ذلك خير للمحجور أم لا ·

م ٥٩٠ : ١ ـ لا يجوز للوصى المختار من قبل الاب أو الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا ان يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم ، الا اذا كان فى ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمه · ٢ ـ والخيرية هى أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل او ان يشترى منه بأكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة ·

م ٥٩١ : لا يجوز للقاضى ان يبيع ماله للمحجور ولا ان يشترى مال المحجور لنفسه ·

م ٥٩٢ : ١ ـ ليس للوكلاء أن يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديرى الشركات ومن فى حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها أو التى يكون بيعها على يدهم · وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر · وليس لمصفى الشركات والتركات أن يشتروا الاموال التى يصفونها ، وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها · وليس لواحد من هؤلاء أن يشترى ، ولو بطريق المزاد العلنى ، لا بنفسه ولا باسم مستعار ، وما هو محظور عليه شراؤه · ٢ ـ على ان الشراء فى الاحوال المنصوص عليها فى الفقرة السابقة يصح اذا أجازه من تم البيع لحسابه ، متى كان وقت الاجازة حائزا للأهلية الواجبة · اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد ، تحمل المشترى الاول مصروفات البيع الثانى وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع · (وأحكام التقنين العراقى تقرب فى مجموعها من أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا التقنين العراقى نقل أحكام الفقه الاسلامى فى بيع الولى والوصى والقاضى ما لهم للمحجور وشرائهم لمال المحجور ، وفيما عدا أن التقنين العراقى فى المادة ٥٩٢ أفاض فى تعداد الوكلاء ومن لهم صفة النيابة عن الغير على النحو الذى كان عليه المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ـ أنظر الاستاذ حسن الذنون فى البيع فى القانون العراقى فقرة ٣٤٠ ـ فقرة ٣٥٣ ، وفى أن الجزاء على المنع فى القانون العراقى أن يكون العقد موقوفا فقرة ٣٥٣) ·

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٧٨ : ان الاشخاص المشار اليهم فيما يلى لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة اشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة ، الا اذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، واذا =

٥٤ ـ **الاشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء** : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائبا عن غيره فى بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والنيابة فى بيع مال الغير قد تأتى من اتفاق ، وهذه هى الوكالة .

= فعلوا كان عقد الشراء باطلا . أولا ـ لايجوز لوكلاء البيع شراء الاموال التى عهد اليهم فى بيعها . ثانيا ـ لا يجوز لمتولى الادارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التى فوض اليهم أمر الاعتناء بها . ثالثا ـ لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الاموال المعهود اليهم فى بيعها . رابعا ـ لا يجوز للاب أو الام ، ولا للوصى أو القيم أو المشرف القضائى أو الولى المؤقت ، شراء أموال الاشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

م ٣٧٩ : لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الاموال والحقوق والديون التى عهد اليهم فى بيعها أو تخمينها ، ولا ان يقايضوا بها أو يرتهنوها .

م ٣٨١ : ان زوجات الاشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وان كانوا راشدين يعدون أشخاصا مستعارين فى الاحوال المنصوص عليها فى المواد السابقة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥١٤ : ١ ـ لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا ـ ولو باسم مستعار ـ الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة فى شأنها . ٢ ـ ويصح العقد فى هذه الاحوال اذا أقره من تم البيع لحسابه .

م ٥١٥ : يسرى الحظر المنصوص عليه فى المادتين السابقتين ، على الازواج ، والاقارب والاصهار ، حتى الدرجة الثانية .

(ويتفق حكم التقنين الكويتى مع التقنين المصرى باستثناء انه لم يورد القاعدة العامة التى وردت فى المادة ٤٧٩ من التقنين المصرى الذى نص على حظر عام لكل من ينوب عن غيره فى الشراء لنفسه ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ولكن من جانب آخر فقد توسع التقنين الكويتى فى مد الحظر الى الازواج والى الاقارب والاصهار حتى الدرجة الثانية) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٤٩ : لا يجوز للوسطاء أو الخبراء ان يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الاموال التى عهد اليهم فى بيعها .

(وهذا النص يتفق فى أحكام مع التقنين المصرى) .

فمن وكل فى بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجه أو لولد له أو لأحد ممن يمت لـه بصلة ويكون هذا المشترى فى الواقع من الأمر مسخرا من النائب • وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، ولا معقب على تقديره فى ذلك من محكمة النقض ، ويجوز اثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١) •وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبنانى قرينة قانونية على الاسم المستعار ، فقضى فى المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصا مستعارين ، فتصبح هذه القرينة من مسائل القانون فى هذا التقنين • والشراء محظور على النائب كما قدمنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسه أو فى المزاد العلنى • فلو وكل شخص فى بيع مال للغير بالمزاد العلنى ، فانه لا يجوز له أن يدخل مزايدا لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحته الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (٢) •

---

(١) انظر فى كون النائب اشترى باسم مستعار يعتبر من مسائل الواقع لا من مسائل القانون أوبرى ورو ٥ فقره ٣٥١ هامش ١٧ - بودرى وسينيا فقرة ٢٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٨ •

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفا عليها فى عهد التقنين المدنى السابق ، فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح • انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الاستاذ عبد الحميد أبو هيف فى طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦ ، وفى عدم جواز ذلك جرانمولان فقرة ٥٨ - دى هلتس ٤ لفظ Vente فقرة ٥٦ - الاستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد فى التنفيذ فقرة ٦٦١ - الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢٠ - الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٨ • وانصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقصدون البيع الجبرى دون المزاد الاختيارى ، ففى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطا بالبيع ، وهو بيع يجب فيه اتباع اجراءات من شانها أن تحفظ حق المالك المدين • وكان يوجد اتفاق على أن الوصى يجوز له أن يدخل مزايدا فى شراء ملك اذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك ، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم امكان قسمتها عينا ، فله أن يزايد ، واذا رسا عليه المزاد لم يعتبر مشتريا من القاصر لان القسمة كاشفة ، وكأن يكون الوصى دائنا مرتهنا ، فله أن يدخل مزايدا فى بيع عقار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى ان كلا منهما يريد ان يبلغ ثمن العقار اعلى حد =

ويلحق بالوكيل من نيطت به ادارة عين واشترى المال الذى يجب أن يتم بيعه على يده، ومن عين مصفيا لتركة أو لشركة واشترى المال الذى يصفيه (١) ٠

وقد تأتى النيابة فى بيع مال الغير عن الطريق نص فى القانون ، وذلك كالولى ، فلا يجوز له أن يشترى مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ؛ ولو كان الشراء فى المزاد العلنى ، وهذا ما يقع غالبا فى بيع أموال المحجورين ، الا اذا كان القانون يرخص فى ذلك ٠ وقد قدمنا أنه يجوز للولى شراء عقار الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على اذن من المحكمة فى ذلك (٢) ٠

وقد تأتى النيابة فى بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة ٠ فالوصى والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائى ، كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم فى بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية ٠ والموظف العام قد ينوب عن الدولة فى بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الادارية ٠ فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشترى

= (بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ ـ كولان وكابيتان ٢ ص ٤٨٧ ـ الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢١ ـ الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٧) ٠

ويبدو أن النائب فى البيع اذا باع العقار المنوط به بيعه لم يجز له ، اذا كان شفيعا فى هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة ٠ فان الشفيع يعتبر مشتريا اذ هو يحل محل المشترى ، ولجواز أن يتساهل مع المشترى فى شروط البيع حتى كان وكيلا ، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنى منه عن يشفع فى العقار بنفس الشروط ٠ يضاف الى ذلك ، بالنسبة الى النائب اذا كان وكيلا ، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنى منه عن حقه فى أخذ العقار بالشفعة ٠ وقد كان هذا هو الرأى المعمول به فى الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق (دى هلتس ٤ Vente فقرة ٦٢ ـ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٥ فى الهامش) ٠

(١) أنظر المشروع التمهيدى للمادة ٤٧٩ مدنى (آنفا فقرة ٥٢ فى الهامش) ٠

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٩ ٠

المال المعهود اليه فى بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء فى مزاد علنى • وقد قدمنا أن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم باذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجوريهم (١) •

كذلك لا يجوز للسمسار ، اذا عهد اليه شخص فى بيع مال له ، أن يشترى هذا المال لنفسه (٢) • ذلك أن السمسار اما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصبح وكيلا ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل فى بيعه • واما ألا يكون عنده توكيل ، فعند ذلك لا يكفى رضاؤه بشراء الشىء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفى هذا اذن يجعل الشراء جائزا • ومثل السمسار الخبير الذى يعهد اليه فى تقويم شىء ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة اذ أن ذلك يحمله على أن يبخس تقويم الشىء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٣) • والخبير كالسمسار ، اما أن يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشىء لنفسه ، واما ألا يكون عنده توكيل فلابد فى هذه الحالة من قبول المالك • والسمسار والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع فى المزاد العلنى ، سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار (٤) •

٥٥ ــ الجزاء على المنع من الشراء : وليس الأشخاص الذين قدمنا ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص فى أهليتهم ، فنقص الأهلية شىء ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠ .

(٢) وكذلك من عهد اليه فى بيع قطن وعجل جزءا من الثمن لايجوز له أن يشترى القطن لنفسه (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٧) •

(٣) الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ .

(٤) وكانت المادة ٦٦٧ من تقنين المرافعات السابق تنص على انه (لايجوز للمدين ، ولا للقضاة الذين نظروا بأى وجه من الوجوه اجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها ، ولا للمحامين الوكلاء عن مباشر الاجراءات أو المدين ، وأن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم ، والا كان البيع باطلا) •

والمنع من الشراء شيء آخر • وانما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة كما قدمنا •

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن هناك رأيا يذهب الى أن تعاقد الشخص مع نفسه ـــ ومن ثم شراء النائب للمال المعهود اليه في بيعه ـــ قابل للابطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الاجازة • وقد أخذت المذكرة لايضاحية للمشروع التمهيدي بهذا الرأي ، اذ جاء فيها : « ولهذه العلـــة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصـــلحة الأصيل •••• ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشيء « بمقتضى نص خاص (٢) » • وجاء في نفس المذكرة الايضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « أجاز المشروع تصحيح البيع ـــ وهو باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعلة تعارض المصلحة ـــ لا باجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل حصوله كالوصي يستأذن المجلس الحسبي (٣) •

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه انما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الانابة أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، والا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة الى انابته في البيع • فاذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلا في الشراء أو باعتباره نائبا عن غيره فيه يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه في حق الاصيل الا اذا أجازه هذا (٤) • ويترتب على هذا التكييف النتائج الآتية :

---

(١) الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٩٧ ص ٢٥٩ ـــ ص ٢٦٠ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ ـــ وهذا هو ايضـــا ما يذهب اليه الفقـه الفرنسي بوجه عام (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٣٤ ـ بودري وســينيا فقـرة ٢٥٠ وفقـرة ٢٥٤ ـ بلانيـــول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٥٨) •

(٤) وقد سبق أن قلنا بهذا الراى في الوسيط جزء اول فقـــرة ٩٧ ـــ والفقه في مصر قريب من هذا الراى • فيذهب الاستاذ انور ســـلطان =

١ ـ أن الأصيل اذا أدخل فى حسابه جواز أن يشترى النائب المال

= (فقرة ٤٥٧) الى أن جزاء المنع من الشراء يجب ان يتلمس فى القواعد الخاصة بالنيابة ، لا القواعد الخاصة بالبطلان ، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا ينفذ فى حق الاصيل الا اذا تم فى حدود نيابته . ولكنه يقول بعد ذلك : « فاذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما، وخالف النائب هذا المنع » فيعتبر أنه قد تعاقد خارج نطاق نيابته، ولذا لا ينفذ تعاقده فى حق الاصيل الا اذا أقره» (ص ٤٣٤) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية . أما فى النيابة الاتفاقية ، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النيابة ، بل الاتفاق هو الذى حدد هذا المدى . ولم يدخل فيه أن يشترى النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود النيابة ، فالمنع فى النيابة الاتفاقية مؤسس على ارادة الاصيل لا على نص المشرع .

وانظر فى هذا المعنى الذى يذهب اليه الاستاذ أنور سلطان والاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٣ .

ويذهب الاستاذ سليمان مرقس (فقرة ١٣٧) الى أن النائب جاوز حدود النيابة فى أنه لم يبع بأعلى ثمن ممكن . أنظر ايضا الاستاذ جميل الشرقاوى فى نظرية بطلان التصرف فقرة ٨٩ ، وفى عقد البيع فقرة ١٦ . وفى رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة فى انه اشترى لنفسه ، أيا كان الثمن الذى اشترى به .

ويذهب الاستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٣٤ ص ٣٠٣ ـ ص ٣٠٤) الى ما ذهبنا اليه من أن النائب يجاوز حدود النيابة اذا اشترى لنفسه ، فلابد من اجازة الاصيل . ثم يقول ان الشراء قبل الاجازة يكون عقدا موقوفا ، على غرار العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، واجازة الاصيل تجعله ينفذ . وملاحظتنا على هذا الرأى أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف فى الفقه الغربى ، فقد لجأنا الى تكييف آخر فى الحالة التى يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويقتضى الامر اقرار الموكل ، فقلنا فى الجزء الاول من الوسيط (فقرة ٨٩ ص ١٩٨ هامش رقم ٢) : « فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بارادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل ـ بناء على ارادته ـ نائبا فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر اقرار من الموكل » . وليس من شك فى أن نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى هى اكثر ملاءمة لتكييف الوضع الذى نحن بصدده ، لو امكن ادخالها عن طريق الاجتهاد فى الفقه المصرى . وقد منع المشرع المصرى ادخالها فى اهم تطبيق من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، اذ اورد نصا صريحا فى أن هذا البيع قابل للابطال ، وكان الاولى أن يكون عقدا موقوفا ـ وسنعود الى هذه المسألة عند الكلام فى بيع ملك الغير (انظر ما يلى فقرة ١٦٤) .

لنفسه ، فأذن له فى ذلك قبل الشراء ، جاز شراؤه ، اذ يكون التصرف قد دخل فى حدود النيابة ؛ (انظر المادة ١٠٨ مدنى) .

٢ ــ واذا لم يأذن الأصيل مقدما فى الشراء ، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه ، اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ مدنى اذ تنص على أنه « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

٣ ــ واذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولى أو الوصى أو القيم ، فالقانون هو الذى يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون اذن كما فعل فى حالة الولى عندما يشترى منقول الصغير لنفسه ، وطورا يستوجب اذن المحكمة كما فعل فى حالة الولى عندما يشترى عقار الصغير وفى حالة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشترى مال المحجور (١) . والى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى عندما تقول فى عبارتها الأخيرة : « ما لم يكن ذلك باذن القضاء

---

(١) قد قدمنا ان الفقه فى فرنسا ، وفى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق ، يذهب الى أن للوصى شراء مال القاصر اذ كانت له حقوق من قبل على هذا المال ، وكان القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصى شريكا فى الشيوع مع القاصر أو دائنا مرتهنا له ، وبيعت العين بالمزاد العلنى لعدم امكان قسمتها عينا أو للتنفيذ على العين المرهونة (انظر آنفا فقرة ٥٤ فى الهامش . وانظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٣١ ــ ص ٣٢ ــ بودرى وسينيا فقرة ٢٣٣ ــ فقرة ٢٣٤ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ــ فقرة ٥٤ ــ بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ ــ كولان وكابيتان ٢ ص ٤٨٧ ــ الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢١ ــ الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى عهد التقنين المدنى السابق بأن تحريم شراء النائب للشىء الذى نيط به بيعه لا يسرى فى البيوع القضائية اذ هى محوطة بالضمانات الكافية (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٣) . أما فى عهد التقنين المدنى الجديد حيث ورد نص صريح فى تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلنى ، فيبدو أنه لا يجوز للوصى شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى فى مزاد علنى ، من غير اذن المحكمة (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٢ ــ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ ــ ص ٣٠٠) .

ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه فى هذا الصدد (١) •

المبحث الثانى

شروط الصحة

٥٦ ـ الاهلية وعيوب الارادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، ننتقل الى شروط صحته • وشروط صحة البيع هى شروط صحة أى عقد : توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الارادة • فنتكلم اذن فى :

١ ـ الأهلية فى عقد البيع •

٢ ـ وعيوب الرضا فى عقد البيع •

المطلب الأول

الأهلية فى عقد البيع

٥٧ تمييز الاهلية عما يلتبس بها من النظم : قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تلتبس بغيرها من النظم . وكثيرا ما تختلط بها • فيحسن تمييز الأهلية تمييزا دقيقا عن غيرها •

---

(١) ويستثنى ايضا ما تقضى به قواعد التجارة (انظر المادة ١٠٨ مدنى) ، وذلك كما فى الوكيل بالعمولة • وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) •

(٢) الوسيط جزء اول فقرة ١٤٧ .

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الارادة لا تصدر الا عن تمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هى نفاذ التصرف على مال الغير ، كنفاذ تصرف الولى والوصى والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة الى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة الى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص فى أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف فى ماله فى حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث اذا جاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه فى حقهم . والنائب ممنوع من شراء ما وكل فى بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل ، بحيث اذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف فى حق الأصيل . وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضا للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا .

٥٨ ــ أهلية التصرف واجبة فى كل من البائع والمشترى : فالأهلية اذن هى التى ترجع الى التمييز . وقد علمنا عند الكلام فى النظرية العامة للأهلية أن هناك أدوارا ثلاثة طبيعية يمر بها الانسان من وقت أن يولد الى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبى غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف . والدور الثانى هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهى سن التمييز الى سن

الحادية والعشرين وهى سن الرشد • وفى هذا الدور يكون الصبى المميز ناقص الأهلية ، لا عديمها ولا كاملها ، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعا نفعا محضا ، ولا يباشر منها ما يكون ضارا ضررا محضا ، وما كان من التصرفات دائرا بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره باجازه الولى • والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلا لجميع التصرفات منها البيع والشراء ، بل ويكون أهلا للتبرعات وهى التصرفات الضارة ضررا محضا ، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية •

ويخلص من ذلك أن الصبى غير المميز ليس أهلا لا للبيع ولا للشراء ، لأن البيع ـ سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشترى ـ يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر •

أما الصبى المميز ـ ويلحق به المحجور ـ فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة • فهو يستطيع أن يبيع ويشترى ، بشرط اجازة الولى أو الوصى أو القيم وباذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا اليها فيما تقدم (١) •

ومن بلغ من العمر احدى وعشرين سنة ـ أى بلغ سن الرشد ـ غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج الى اذن ولى ولا الى اذن من المحكمة •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الابطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار افادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو اخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها : نقض مدنى فى ١٢ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١٥٩ ص ٨٠٦ •

فأهلية كل من البائع والمشترى اذن هى أهلية التصرف ، وتقتضى بلوغ سن الرشد (١) .

٥٩ ــ متى يكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالا معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر فى الانسان أهلية البيع والشراء .

١ ــ فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وتقضى المادة ٥٤ منه بأن للولى يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها . وتقضى المادة ٥٥ منه بأن المحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها . وسواء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة ، فانه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الادارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الادارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعا وشراء ، فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦/٢ قانون الولاية على المال) . وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغفلة اذا أذنته المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها (م ٦٧ قانون الولاية على المال) .

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصين فى اهلية البائع والمشترى ، هما تطبيق محض للقواعد العامة ، ولذلك أغفلهما التقنين المدنى الجديد . فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على انه « يجب أن يكون كل من البائع والمشترى متصفا بالاهلية الشرعية للتعامل (capacitè lègale de sobliger وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على انه يجب أن يكون البائع متصفا بالاهلية الشرعية للتصرف (capacite , legala d'abérer) .

٢ ــ و تقضي المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنــه يجــوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشر أن يتجر ، ويكــون اذن المحكمة مطلقا أو مقيدا • فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية للبيــع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها •

٣ ــ وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكــون « القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عملــه من أجر أو غيره • ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حــدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » • ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة الى أى اذن ، أهلا أهلية كــاملة فى التصرف فى كسب عمله • فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيــع وأن يشترى وأن يلتزم •

٤ ــ وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » • ويخلص من هذا النص أن القاصر المميز ــ أيا كانت سنه ــ متى وضــع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كــاملة فى هذا المال • فيجوز له أن يشترى بهذا المال ما يحتاج اليه من مــأكل وملبس وغير ذلك ، ويجوز له أن يبيع المال اذا كان غير نقد للحصـــــول على نقد ينفق منه على نفسه • فهو كامل الأهلية فى التصرف ، بيعا وشراء والتزاما ، فى حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة •

٥ ــ وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه « اذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك اذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عنــد الاذن أو فى قــرار لاحق » • ويخلص من هذا النص أن القاصر اذا أذنت لــه المحــكمة فى الزواج ــ ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة اذا كان ذكرا والســـــادسة عشرة اذا كان أنثى وفقا للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ــ تضــمن هــذا

الاذن اذنا فى أن يتصرف الزوج فى المهر باعطائه لزوجته وفى التصرف فى ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن اذنا فى أن تتصرف الزوجة فى المهر الذى تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها فى أن تشترى جهازها من هذا المهر • وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الاذن فى الزواج ، أو فى قرار لاحق لهذا الاذن •

المطلب الثانى

عيوب الرضا فى عقد البيع

٦٠ ـ **تطبيق القواعد العامة** : عيوب الرضا فى عقد البيع هى عيوبه فى أى عقد آخر ، فيعيب ارادة أى من البائع والمشترى أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو اكراه أو استغلال • فاذا شاب الارادة عيب من هذه العيوب ، كان البيع قابلا للابطال لمصلحة من شاب ارادته العيب • وفى الاستغلال يكون البيع قابلا للابطال أو قابلا للانقاص وفقا للقواعد

---

(١) ومن صور التدليس فى البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole). فيعمد منتج السلعة الى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعا باتا ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من العملاء لحسابه • ويزخرف المنتج للتاجر السلعة ، ويؤكد له أنها رائجة كل الرواج ، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده • ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئنانا الى تأكيدات المنتج ، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة • وقد سار القضاء الفرنسى على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليسا يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلا للابطال (بيدان ١١ فقرة ٢٣ ــ الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٠ ــ وقد اشار بيدان فى القضاء الفرنسى الى الاحكام الآتية : محكمة السين التجارية ٢٠ يولية سنة ١٩٢٦ مجلة القانون الفرنسى ١٩٢٦ ص ١٥٥ ـ محكمة مارسيليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة مارسيليا ١٩٣٣ ـ ١ ـ ١٩٣٥ ـ محكمة الهافر ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤ ـ ٢ ـ ١٠١٦ ـ محكمة بيزانسون ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دى باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦) •

المقررة فى الاستغلال ، وقد سبق تفصيلها فى الجزء الأول من الوسيط . وللغبن أحكام خاصة فى عقد البيع ، سنتناولها عند الكلام فى الثمن .

ولا جديد يقال فى البيع فى صدد هذه العيوب ، فيتبع فيها القواعد المقررة فى النظريه العامة فى العقد فيما يتعلق بعيوب الارادة (١) كما

(١) ومن قضاء محكمة النقض فى عيوب الرضاء فى البيع : نقض مدنى ١ يناير سنه ١٩٤١ مجموعه عمر ١ رقم ٨٦ ص ٢٦١ (التقدم فى السن والامراض المستعصية من شأنها ان تجعل الاراده معيبه) - نقض مدنى ١١ ديسمبر سنه ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ (عين معينه ذكر حد فيها مكان حد آخر : غلط مادى يصحح) - نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشترى أن المحل التجارى المبيع قد حكم باغلاقه لعدم الرخصة يعتبر تدليسا ، ولو كان المشترى يعلم بأن المحل غير مرخص لانه كان يرجو الحصول على الرخصة) - نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعه أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢ (متى قضت المحكمة لاسباب سائغة فى حدود سلطتها التقديرية وقوع اكراه مؤثر فى ارادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه ، فانها لا تكون ملزمة باجراء تحقيق لا ترى أنها فى حاجة اليه) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى عيوب الرضا فى البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٢ (اشترى أرضا كان يعتقد أنها تجاور مسلكين يؤديان الى الطريق العام فتبين عدم صحة ذلك : يعد غلطا) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ (لا يعتد بالغلط فى تعيين الحدود اذا كانت ذاتية الارض محدودة ومعروفة للمشترى) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ (الاكتتاب فى أسهم شركة لم تحصل على فرمان خديوى دون أن يعلم المكتتبون ذلك يكون مشوبا بالغلط) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ (يعد غلطا أن يقصد المشترى شراء نمرة كاملة Lot فى أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى ولو تساوى الشيئان فى المساحة والمنفعة) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ (اشترى أرضا قسمت فى الخرط لا فى الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاوز طريقا عاما فظهر غير ذلك : يعد غلطا) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ (لا يعد غلطا أن يكون أحد حدود الارض طريقا خاصا وكان المشترى يظنه طريقا عاما) - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ (يعد غلطا أن يقصد المشترى شراء شيء أثرى فاذا هو مقلد ، ولو كان المشترى ذا خبرة بالآثار ، فلا يتقيد فى رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة فى ضمان العيب الخفى) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا يعد غلطا الخطأ فى تعيين الحدود مادامت ذاتية الارض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لابد من بيان ريع المبيع فى العقد الابتدائى حتى يستطيع المشترى أن يتمسك بالغلط فى قيمة المبيع لان ريعه أقل مما قدر) =

هى مبسوطة تفصيلا فى الجزء الأول من الوسيط •

ولكن الغلط فى المبيع فى عقد البيع له شأن خاص ، اذ يتصل اتصالا وثيقا بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الاسلامى ، فنتناوله هنا فى شىء من التفصيل •

٦١ - علم المشترى بالمبيع - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا • ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه » •

« ٢ - واذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا أثبت تدليس البائع (١) » •

= ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشترى فى ذاتية الارض التى اشتراها) - وانظر أيضا فى الغلط والتدليس : ١٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٢،٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « ١ - يجب أن يكون المشترى عالما بالشىء المبيع علما كافيا • ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بحيث يمكن التحقق منه • ٢ - اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، الا اذا أثبت تدليس البائع » • وفى لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظيا ، وحدد فى دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الابطال ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٤٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ وص ٢٠) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٤٩ — ٢٥٣/ ٣١٥ — ٣١٩ (١) .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٤٦/١١ : يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا ، اما بنفسه او بمن وكله عنه فى معاينته . م ١٥٠/١١١ : اذا لم يشاهد المشترى جزافا الا بعض المبيع . وتبين انه لو رآه كله لامتنع عن شرائه ، فليس له الا ان يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون ان يجوز له طلب تقسيم المبيع او تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه فى طلب الفسخ اذ تصرف فى الشىء المبيع باى طريق كان .

م ٢٥١/٣١٧ : اذا ذكر فى عقد المبيع ان المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، اذا اثبت تدليس البائع عليه .

م ٢٥٢/٣١٨ : بيع الاشياء التى لم يعاينها المشترى ولا وكيله فى المعاينة لا يكون صحيحا الا اذا كان عقد البيع مشتملا على بيان المبيع وأوصافه الاصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته .

م ٢٥٣/٣١٩ البيع للاعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمدا عليه فى ذلك .

وقد لخص التقنين المدنى الجديد هذه النصوص الخمسة فى نص واحد هو المادة ٤١٩ المتقدم ذكرها . وقد جاء فى صددها فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « هذا نص يلخص خمسة نصوص فى التقنين المصرى الحالى (السابق) هى المواد ٢٤٩ ـ ٢٥٣/٣١٥ ـ ٣١٩ ، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية وبين المبادىء العامة للقانون المدنى وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا . فقرر المشروع وجوب أن يكون المشترى عالما بالشىء المبيع علما كافيا ، وحذفت عبارة « اما بنفسه او بمن يوكله عنه فى معاينته » من نص التقنين الحالى (السابق) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم ـ والمقصود به خيار الرؤية ـ وبين الاكتفاء بتبين الشىء . فذكر أن العلم يعتبر كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بحيث يمكن التحقق منه (أنظر م ٢٥٢/٣١٨ مدنى) . فرؤية المبيع يغنى عنه تعيينه بأوصافه الاساسية تعيينا من شأنه أن يمكن تمييزه عن الاشياء الاخرى . وبديهى أن هذا التعيين يختلف باختلاف الاشياء ـ ثم نقل المشروع المادة ٢٥١/٣١٨ من التقنين الحالى (السابق) ، فقرر أنه اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، الا اذا أثبت تدليس البائع . وقد أغفل المشروع نصين فى التقنين الحالى (السابق) لا فائدة من ايرادهما ، أحدهما يقضى بأنه « اذا لم يشاهد المشترى جزافا الا بعض البيع ، وتبين له أنه لو رآه لامتنع عن شرائه ، فليس له الا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم البيع =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخـرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٣٨٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٨ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٧١٥ ـ ٥٢٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود لا يوجد نص مقابل ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٥٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ (١) .

= أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تصرف فى الشىء المبيع باى طريق كان (م ١٥٠/٢١٦ مصرى) » ويقضى النص التانى بأن البيع للاعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينته ممن عينه معتمدا عليه فى ذلك (م ٢٥٢/٣١٩) . وواضـــح أن فى القواعد العامة غنى عن ذكر هذين الحكمين » (مجموعة الاعمال التحضتيرية ٤ ص ١٨ ـ ص ١٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السـورى م ٣٨٧ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدنى المصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ ـ فقرة ٤٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٠٨ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥١٧ : ١ ـ كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين يراه ، فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع . ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره . ٢ ـ والمراد بالرؤية الوقوف على خصـائص الشىء ومزاياه بالنظر أو للمس أو الشم أو السمع أو المذاق .

م ٥١٨ : الاشياء التى تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج فيها . فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضـاه ، كان المشـترى مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ ـ فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه ، كان على هـذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ ـ اذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صـفقة واحدة ، فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ ـ واذا كان المشترى رأى بعضها ، فمتى رأى الباقى جاز له أخذ جميع الاشياء أو ردها جميعا ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقى .

م ٥٢٠ : ١ ـ اذا وصف شىء للاعمى وعرف وصـفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيرا . ٢ ـ ويسقط على كل حال خيار الاعمى بلمس الاشـياء التى تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات .

م ٥٢١ : الوكيل بشراء شىء والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الاصيل ، اما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشترى

٦٢ ـ **القواعد العامة المتعلقة بعلم المشترى بالمبيع** : لو ان نص المادة ٤١٩ مدنى لم يوجد ، لوجب الا نتطلب ان يكون المشترى عالما بالمبيع دائما ، ولكفى ان يكون المبيع معينا تعيينا كافيا يميزه عن غيره ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشترى عالما به . وهذه

= م ٥٢٢ : من رأى شيئا بقصد الشراء ، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشىء الذى كان قد رآه ، فلا خيار له اذا وجد الشىء قد تغير عن الحال الذى رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ ـ يسقط خيار الرؤيه بموت المشترى ، وبتصرفه فى المبيع قبل ان يراه ، وباقراره فى عقد البيع انه قد رأى الشىء وقبله بحالته ، وبوصف الشىء فى عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤيه وظهوره على الصفه التى وصف ، وبتعيب المبيع او هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولا او فعلا من المشترى قبل الرؤيه او بعدها ، ويمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤيه الشىء دون ان يراه . ٢ ـ وللبائع ان يحدد للمشترى اجلا مناسبا يسقط بانقضائه الخيار اذا لم يرد المبيع خلال هذه المده .

(والتقنين العراقى اخذ بخيار الرؤيه المعروف فى الفقه الاسلامى ، ولكنه اقام مقام الرؤيه وصف الشىء وصفا يغنى عن الرؤيه . انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧ ـ فقرة ٧٦ ـ الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ ـ فقرة ٢١٥ ويميز بحق بين خيار الرؤيه والغلط فيدافع بذلك عن وجود خيار الرؤيه فى القانون المدنى العراقى على خلاف رأى الاستاذ حسن الذنون) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم يرد شىء خاص بخيار الرؤية ، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعيينا كافيا .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٦ : ١ ـ يجب ان يكون المبيع معلوما للمشترى علما كافيا ، والا كان له الحق فى طلب ابطال البيع . ٢ ـ ويعتبر علما كافيا بالمبيع ، اشتمال العقد على بيان اوصافه الاساسيه ، بيانا يمكنه من تعرفه . ٣ ـ واذا ذكر فى العقد ان المشترى عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب ابطال البيع بدعوى علمه به ، الا اذا اثبت تدليس البائع . ٤ ـ واذا تسلم المشترى المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٦٦ : ١ ـ يشترط ان يكون المبيع معلوما عند المشترى علما نافيا للجهالة الفاحشة . ٢ ـ يكون المبيع معلوما عند المشترى ببيان احواله وأوصافه المميزة له واذا كان حاضرا تكفى الاشارة اليه .

م ٤٦٧ : اذا ذكر فى عقد البيع ان المشترى عالم بالمبيع علما كافيا فلا حق له فى طلب ابطال العقد لعدم العلم الا اذا اثبت تدليس البائع .

(هذان النصان يتفقا فى حكمهما مع ما ورد بالتقنين المصرى) .

هى القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها فى النظرية العامة للمحل • فاذا كان المبيع دارا مثلا ، ولم يرها المشترى ، ولكنها عينت تعيينا كافيا بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغى أن هذا التعيين يكفى ولو لم يكن للمشترى سابق علم بالدار •

فكان ينبغى اذن ألا تشترط رؤية المشترى للمبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التى تكفى لتعيينه • على أنه يجب ألا يكون المشترى واقعا فى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعلى المشترى الذى يدعيه يقع عبء اثباته • ولكن الفقه الاسلامى ، وبخاصة المذهب الحنفى ، يثبت للمشترى الذى لم ير المبيع خيارا يسميه خيار الرؤية ، يستطيع المشترى بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع اذا رآه فوجده على خلاف ماظن • وقد أراد التقنين المدنى الجديد ، على غرار التقنين المدنى السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التى سبقت الاشارة اليها فى تعيين المبيع وفى الغلط فى صفة جوهرية فيه • نستعرض فى ايجاز خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى ، فى المذهب الحنفى وفى غيره من المذاهب الأخرى ، ثم ننتقل الى أحكام التقنين المدنى المصرى التى أريد بها التوفيق بين أحكام خيار الرؤية وبين هذه القواعد العامة •

٦٣ ــ خيار الرؤية فى الفقه الحنفى : يثبت خيار الرؤية ، فى المذهب الحنفى ، فى عقد البيع ، ويثبت للمشترى دون البائع • فمن اشترى عينا معينة بالذات ، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له الخيار اذ رآها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على

---

(١) فاذا كان المشترى لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فان كان المبيع وقت الشراء على حاله التى كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له • وان كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار ، لانه اذا تغير عن حاله فقد صار شيئا آخر فكان مشتريا شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه (انظر م ٥٢٢ مدنى عراقى آنفا فقرة ٦١ فى الهامش) •

ما وصفت ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه • أما البائع فلا خيار له ؛ حتى لو لم يكن قد رأى العين التى باعها قبل بيعها • ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشترى هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع ، فان له بالرغم من ذلك أن يرده اذا رآه ، لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به • واختلف فى جواز الفسخ قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز •

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشترى ، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول • أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له ، فالعقد يكون لازما من جهته • وعدم لزوم العقد من جهة المشترى يقوم فى أساسه على فكرة الغلط ، اذ يفترض ان المشترى لم يجد المبيع على الحال التى ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها لغرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشترى فى شىء لم تسبق له رؤيته •

ويسقط خيار الرؤية :

١ — برؤية المشترى للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة • ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة (١) • فاذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم، جاز للمشترى امضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه • والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأى الصحيح كما قدمنا • والمختار فى المذهب الحنفى أن خيار الرؤية لا يتوقت ، بل يبقى الى أن يوجد ما يسقطه • فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشترى خيارة فى الامضاء أو فى الرد ، ومادام ساكنا فخياره قائم الى أن يصدر

---

(١) انظر فى تفصيلات رؤية الشىء — وهى مأخوذة من المذهب الحنفى — المواد ٥١٨ — ٥٢١ من التقنين المدنى العراقى ، وقد سبق ذكرها (آنفا فقرة ٦١ فى الهامش) •

منه ما يدل على الامضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازما فى حالة الامضاء منتقضا فى حالة الرد • وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشترى من الفسخ ، فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره ولزم البيع (١) •

٢ ـ بموت المشترى قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته • ولا ينتقل الخيار الى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث •

٣ ـ بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشترى •

٤ ـ بتصرف المشترى فى المبيع • وهنا يجب التمييز بين ما اذا كان التصرف صادرا قبل رؤية المشترى للمبيع أو بعد الرؤية • فان كان صادرا قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير ، أو كان لازما يوجب حقا للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والاجارة ، سقط خيار الرؤية • ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ اذا تعذر لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فيسقط • ويبقى الخيار ساقطا حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو آجر ثم رد عليه بعيب أو افتك الرهن أو انقضت مدة الاجارة • فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، اذ الساقط لا يعود الا بسبب جديد ، أما اذا كان التصرف الصادر من المشترى قبل الرؤية تصرفا غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع دارا فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشترى الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار

---

(١) وقد اختار التقنين المدنى العراقى هذا القول ، فنص فى الفقرة الاولى من المادة ٥٢٣ على ان « يسقط خيار الرؤية .. بصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشترى قبل الرؤية أو بعدها . ويمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشيء دون أن يرده » • وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ ما يأتى : « وللبائع أن يحدد للمشترى أجلا مناسبا يسقط بانقضائه الخيار اذا لم يرد المبيع فى خلال هذه المدة » (انظر آنفا فقرة ٦١ فى الهامش) .

قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشترى بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر . فانها تسقط خيار الرؤية ، اذا أقل ما تدل عليه الرضا . والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة (١) .

٦٤ ـ خيار الرؤية فى المذاهب الاخرى فى الفقه الاسلامى : والمذهب الحنفى وحده هو الذى يعرف خيار الرؤية على النحو الذى بسطناه ، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها فى هذا الخيار عن أحكام المذهب الحنفى .

ففى مذهب مالك ، اذا كانت العين المبيعة حاضرة فى مجلس العقد ولم يكن فى رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشترى ليصح العقد . فاذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحا نافذا لازما ولاخيار فيه للرؤية ، واذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضا اذا كانت العين قريبة جدا من مجلس العقد ، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة.

---

(١) وقد جاءت هذه الاحكام نقلا عن المذهب الحنفى فى التقنين المدنى العراقى ، فنصت المادة ١/٥٢٣ من هذا التقنين على ما يأتى : « يسقط خيار الرؤية بموت المشترى ، وبتصرفه فى المبيع قبل أن يراه ، وباقراره فى عقد البيع أنه قد رأى الشىء وقبله بحالته ، وبوصف الشىء فى عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت ، وبتعيب الشىء أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشترى قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشىء دون أن يراه » (أنظر آنفا فقرة ٦١ فى الهامش) . ويلاحظ أن التقنين العراقى أضاف سببين فى اسقاط خيار الرؤية : وصف الشىء وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت ، واقرار المشترى فى عقد البيع أنه قد رأى الشىء وقبله بحالته . وسنرى أن التقنين المصرى هو أيضا جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوفق بذلك بين أحكام خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع .

وأنظر فى خيار الرؤية فى المذهب الحنفى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٤ ص ٢٤٨ ـ ٢٥٨ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية فى خيار الرؤية .

أما اذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن فى رؤيتها مشقة كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه ، جاز بيعها على الصفة اذا لم تكن بعيدة جدا ، فتوصف وصفا يميزها عن غيرها ويفرد بذاتيتها . فاذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذا وليس للمشترى خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف ان جاءت العين على غير ما وصفت . ويدخل فى البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين فى دفتر مكتوب ، فيشتريها المشترى على هذه الأوصاف ، فان وجدت لزم البيع ، والا كان للمشترى خيار الوصف . ويغنى عن الوصف رؤية متقدمه ، بأن يكون المشترى قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فاذا لم تسبق للمشترى رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جدا ، لم يجز البيع الا اذا جعل المشترى لنفسه الخيار اذا رأى المبيع . أما اذا انعقد البيع على الالزام بأن اشترط البائع على المشترى ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى مذهب مالك ، الا فى حالة العين الغائبة التى لم توصف ، أو فى حالة العين البعيدة جدا ولو وصفت ، مادامت العين فى هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار الا بالشرط .

وفى مذهب الشافعى ، فى قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشترى خيار الرؤية . ثم ان فى افتقار صحة البيع الى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات والثانى أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تفتقر الى ذكر شىء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشترى خيارها . وأما اذا رأى المشترى المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فان كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم فى مذهب الشافعى يقارب المذهب الحنفى فى خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشترى

هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع . وفى القول الجديد رؤية المبيع شرط فى صحة العقد . سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشترى رؤيتها أو سبق ، ففى جميع الأحوال لا يصح البيع الا فى المبيع المرئى وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشترى خيار الرؤية فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شراءها ، بل ان رؤيتها وقت العقد شرط فى صحة البيع كما قدمنا (١) .

والظاهر فى مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فيجب ، حتى يصح العقد ، اما الرؤية من المشترى والبائع جميعا ، واما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، واما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفى لصحة السلم . فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحا لازما ، وليس للمشترى ولا للبائع خيار الرؤية فيه . لكن اذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشترى خيار الخلف فى الوصف . واذا كانت العين حاضرة فى مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى الظاهر من مذهب أحمد ، اذ البيع لا يصح الا برؤية المبيع أو بوصفه . فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (٢) .

---

(١) والشافعى ، فى اشتراطه فى قوله الجديد رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع ، يضيق كثيرا فى مجال التعامل . وهو يحتج لقوله هذا بنهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشترى ، وبنهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ماليس بحاضر مرئى للمشترى . ويذهب الى أن المقصود فى المبيع هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية . ويقول ان البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، واذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، واذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضا البيع (مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف ٤ ص ٢٦٤) .

(٢) وهناك رواية ثانية فى مذهب أحمد ، هى أنه يجوز بيع العين التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون للمشترى فى هذه الحالة خيار الرؤية ، بل ان البائع يكون له هو أيضا خيار الرؤية اذا لم تسبق له رؤية المبيع . وفى رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وان البيع على رؤية سابقة =

ويستخلص مما قدمناه فى المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يغنى عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشترى عند ذاك خيار الرؤية وانما له خيار الخلف فى الوصف • وهذا الذى استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكمل به التقنين المدنى المصرى أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفى ، فجعل الوصف مغنيا عن الرؤية ، بل جعل اقرار المشترى أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى •

٦٥ — **خيار الرؤية فى التقنين المدنى المصرى :** وقد نقل التقنين المدنى الجديد ، على غرار التقنين المدنى السابق ، خيار الرؤية على الفقه الاسلامى ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتى (١) •

فقد أوجب — فى المادة ٤١٩ مدنى وقد تقدم ذكرها — أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا • والعلم بالمبيع شىء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معينا كل التعيين ولكن المشترى لا يعلمه • والأصل فى العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتا ، ولكن التقنين المدنى لم يجعل الرؤية هى الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل الى جانب هذا الطريق طريقين آخرين :

أولا : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه • وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، اذ يكفى فى تعيين المبيع أن يكون معروفا بذاته لا يقع لبس فيه • فاذا باع شخص دارا

= لا يجوز ، فيشترط اذن فى صحة البيع رؤية المبيع حال العقد • وتتفق هذه الرواية الثالثة فى مذهب أحمد مع مذهب الشافعى فى قوله الجديد •

وانظر فى خيار الرؤية فى المذاهب الثلاثة مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٤ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية •

(١) وفى القانون الفرنسى بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق العدول vente en disponible , • وهو بيع بضائع فى مخازن البائع لم يرها المشترى ، وله الحق فى قبولها أو رفضها عند رؤيتها (انظر فى هذا البيع بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ رابعا) •

معروفة للناس اذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعيينا كافيا . ولكن المشترى قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يكفى اذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعيينا كافيا ، بل يجب أيضا بيان أوصافها الأساسية بيانا يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسما واضحا فى ذهن المشترى فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (١) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفى ، تستغنى من الرؤية بالوصف .

ثانيا : اقرار المشترى فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذى قدمناه ، ولكن المشترى يذكر فى عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته ، فيكون اقراره هذا حجة عليه . ولا ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن فى البيع بالابطال بدعوى عدم علمه بالمبيع ، الا اذا أثبت أن البائع قد دلس عليه ، بأن أراه مثلا عينا أخرى وأوهمه أنها العين المبيعة ، ففى هذه الحالة له أن يتمسك بابطال البيع للتدليس لا للغلط (٢) .

---

(١) استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ — استئناف مختلط اول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ .

(٢) استئناف وطنى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ١٨٥ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدنى : « واذا ذكر فى عقد البيع ان المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الاقرار بالعلم بالمبيع هو حجة على المشترى ، كما قدمنا ، فهو دليل على ان المشترى لم يقع فى غلط فى شأن وفاء المبيع بالغرض المقصود منه ، ومن ثم يكون البيع صحيحا . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص فى هذا الصدد ان المشترى « يسقط » حقه فى طلب ابطال البيع ، فالمشترى لا يستطيع الطعن فى البيع ، لا لان حقه فى طلب ابطال البيع قد سقط ، بل لان البيع صحيح وليست هناك دعوى ابطال أصلا حتى يقال عنها انها قد سقطت (انظر فى هذا المعنى الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ — الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى ص ٧١ هامش رقم ٣) .

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية فى التقنين المدنى المصرى قد ال فى النهاية الى وجوب وصف المبيع فى عقد البيع وصفا مميزا له عن غيره بحيث يتمكن المشترى من تعرفه . فاذا لم يوصف على هذا النحو . وجب على الأقل أن يقر المشترى فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر اذن خيار الرؤية الا فى الفرض النادر الآتى : تكون العين المبيعة معينة تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذى يمكن من تعرفها ، وفى الوقت ذاتها لا يقر المشترى فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها . ففى هذه الحالة وحدها يثبت للمشترى خيار الرؤية .على نحو لاءم فيه التقنين المدنى بين أحكام الفقه الاسلامى والمبادىء العامة للقانون المدنى (١) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، وافترض أن المشترى فى الحالة التى نحن بصددها ، اذا رأى المبيع فلم يجده وافيا بالغرض المقصود ، قد وقع فى غلط جوهرى فى شأن المبيع . فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظانا أنه يفى بالغرض المقصود . فلما رآه وجده غير واف بهذا الغرض ، فيكون قد وقع فى غلط جوهرى كما قدمنا ، وله أن يطلب ابطال البيع وفقا للقواعد المقررة فى نظرية الغلط (٢) .

---

(١) فاذا ثبت ، رغم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم اقرار المشترى فى عقد البيع انه عالم بالمبيع ، ان المشترى لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، لم يكن له حق الطعن فى البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشترى لم يكن يجهل مساحة المنزل الذى اشتراه ، وانه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليما مبنيا على ما أوردته فى حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك اثارة هذا الامر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (نقض مدنى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص ٢٥٩) .

(٢) والذى يقطع فى ان التقنين المدنى قد خرج خيار الرؤية على نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٤١٩ كانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع » . وفى لجنة المراجعة حدد فى =

وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشترى من اثباته ، فهو غلط مفترض ، ويكفى أن يدعيه المشترى حتى يصدق بقوله . بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الوصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمفروض قانونا أنه اذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك الا نتيجة لوقوعه فى غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (١) .

= دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الابطال (انظر تاريخ نص المادة ٤١٩ آنفا فقرة ٦١ فى الهامش) . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع – أى عدم الرؤية – هو ابطال البيع ، ولا يكون الابطال فى هذه الحالة الا للغلط .

وانظر فى أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ٤ ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفا (فقرة ٦١ فى الهامش) .

(٢) واذا فرضنا أن المشترى قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به فى الفقه الاسلامى مادام انه مأخوذ ؟ نرى الاخذ بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية فى التقنين المدنى المصرى بما يأتى : ١ – برؤية المشترى للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فاذا رأى المشترى العين وسكت بحيث يفهم من سكونه رضاؤه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما اذا أعلن المبيع لا يفى بالغرض المقصود ، فان له أن يطعن فى البيع بالابطال للغلط ، ولا تسقط الدعوى الا بمضى ثلاث سنوات من وقت رؤيته للعين ، كما هو الامر فى دعاوى الابطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر ، والا عد راضيا به وسقط خياره . ٢ – بموت المشترى قبل أن يختار ، لان خيار الرؤية لا يورث . ٣ – بهلاك المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشترى . ٤ – بصرف المشترى فى المبيع قبل رؤيته تصرفا يثبت حقا للغير على العين المبيعة ، كما اذا باعها أو رهنها . أما تصرفه فى المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاء ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشترى عن خياره وبين رضائه بالمبيع . ففى الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه فى الحالة الاولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه . أى أنه تبين أنه كان واقعا فى غلط فى شأن المبيع ومع ذلك نزل عن دعوى الابطال واجاز البيع . أما فى الحالة الثانية فانه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع فى غلط اصلا ، بل ان البيع قد نشأ صحيحا منذ البداية . أنظر الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧ – الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ – الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٢ – ٤٣ – وقارب الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٠ – فقرة ٨١ – وقارن الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة =

هذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدنى فى خيار الرؤية • وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشترى بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود ، لكان عليه عبء اثبات هذا الغلط • فتحور الغلط من غلط واجب الاثبات الى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدنى بخيار الرؤية (١)•

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦ — يدخل على البيع ما يدخل على سائر العقود من أوصاف : والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقا على شرط أو مقترنا بأجل ، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعا مع خيار التعيين أو بيعا ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون • والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢)

= ١٠٦٥ — الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى هامش ص ٧٨ — الاستاذ سليمان مرقص فقرة ١١٤ — فقرة ١١٥ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ — فقرة ٧٩ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩ •

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولا — انه غلط خاص بوفاء العين المبيعة بالغرض المقصود منها . ثانيا — انه غلط يفترضه القانون ويعفى المشترى من اثباته ، فيصدق المشترى بقوله دون يمين •

(٢) ونشير هنا فى ايجاز الى اثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية • فاذا كان الشرط واقفا ، فان الملكية الباتة لا تنتقل الى المشترى بل تنتقل اليه ملكية معلقة على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (أ) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل أن التسجيل يبدو ضروريا فى حق الغير ، فان المشترى اذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يحتج بالبيع على أى شخص يكون قد كسب حقا عينيا على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط • (ب) ويجب فى هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فاذا لم يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعى ، ردت هذه الرسوم الى المشترى . واذا لم يسجل المشترى البيع الا بعد تحقق الشرط ، =

وأجـــــل (١) ومــــن التــــزام

= فان رسوم التسجيل الواجبة فى هذه الحالة هى الرسوم التى كانت نافذة وقت البيع ، لان الملكية انتقلت الى المشترى باثر رجعى يستند الى هذا الوقت ، لا الرسوم التى تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات اخرى فى رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها · (جـ) يثبت للبائع فى ذمة المشترى أثناء تعليق الشرط حق فى الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول عنه للغير خاضعا لهذا الشرط · (د) ولكن تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، تحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، اذ لا يكون للشرط فى هذه الحالة أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) — واما اذا كان الشرط فاسخا ، فالذى ينتقل الى المشترى هو ملكية معلقه على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (أ) يجب على المشترى تسجيل البيع فى العقار حتى تنتقل اليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع · (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هى الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل واذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع باثر رجعى ، لم ترد رسوم التسجيل الى المشترى ، وهذا خلاف ما يقضيه الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ · ولكن البائع لا يدفع رسوما جديده عندما يسترد الملكيه بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأشير على هامش التسجيل السابق بتحقق الشرط · واذا لم يسجل المشترى البيع ثم أصبح واضحا ان الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشترى ملكية باته ، وسجل المشترى البيع عند ذلك ، فانه يعتبر مالكا من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فيدفع رسوم التسجيل التى كانت نافذة وقت البيع لا تلك التى تكون نافذة وقت التسجيل · (جـ) يثبت للبائع فى ذمة المشترى أثناء تعليق الشرط حق فى الثمن ، وهو حق معلق على شرط فاسخ ، يجوز للبائع النزول عنه خاضعا لهذا الشرط · (د) تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه ، اذا هلك المبيع أثناء تعليق الشرط ، تكون على المشترى ولو تحقق الشرط الفاسخ ، اذ لا يكون لتحققه اثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) ·

انظر فى تعليق البيع على شرط واقف استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفى خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae) ، فاذا لم يعدل من له الخيار عن البيع فى الميعاد المتفق عليه اصبح البيع باتا : استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٢ ص ٤٤) .

(١) اقتران البيع بالاجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية ، اذ الملكية لا تقترن باجل · والذى يؤجل فى البيع عادة هو تسليم المبيع الى المشترى ودفع الثمن الى البائع · وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سنويا وارباح هذا الجزء مع ارباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءا من الثمن فلا يسقط بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ولو انه يشتمل فى جزء منه الفوائد المستحقة (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٩) ·

تخييرى (١) والتـــزام بـــدلى (٢) ، وكذلك فى البيـــع بالعـــربون (٣) ، هى التى تنطبق ، فلا نعود اليها هنا (٤) .

وانما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقـــوع فى العمـــل . فنبسط ما يميزها من خصائص ، ونختار البيـــوع الآتيـــة : ١ ـــ البيع بشرط التجربـــة (vente à la dégustation) ٢ ـــ البيع بشرط المـــذاق (vente à l'essai) ٣ ـــ بيع الوفـــاء (vente à réméré) ٤ ـــ للبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الايجار الســـاتر للبيـــع (location-vente) ٥ ـــ البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec faculté d, èlire commande)

---

(١) فيقع البيع على اشياء متعددة ، يكون خيار التعيين فيها امـــا للمشترى واما للبائع .

(٢) فيقع البيع على شىء معين ، ولكن يجوز للبائع ان يستبدل به شيئا آخر فتبرأ ذمته .

(٣) انظر فى البيع بالعربون آنفا فقرة ٤٤ ـــ فقرة ٤٦ .

(٤) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيرا فى التعامل التجارى ، منهـــا : (أ) البيع بالفليارة (vente par filière) ، وهو بيع ينتهى الى دفع الفروق (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٠٦) . (ب) بيع المحمول فى سفينة معينة (vente sur navire désigné) ، وتعين فيه السفينة التى تحمل المبيع ، فاذا لم يأت فى السفينة المعينة كان لابد من اعذار البائع لامكان فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦) ، وانظر أيضا فى هذا الضرب من البيع : استئناف مختلط ١٢ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ ـ ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ ـ ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ ـ ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٢ ـ ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ ـ ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ ـ (ج) البيع بشرط ســـلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire) , (أنظر بودرى وسينيا ص ١٩٣ ـــ ص ١٩٤) ـــ (د) البيع بثمن شامل لمصروفات النقل والتأمين ((la clause coût, frêt, assurance compris- Caf., Cif.) وسنعود اليه فيما يلى (أنظر فقرة ٢٤٨) .

البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧ ـــ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٢١ من التقنين المـــدنى على ما يأتى :

١ ـــ فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبـــل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة • فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فان انقضت هذه وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا » •

« ٢ ـــ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظـــروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) » •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٨/٢٤٢ (٢)•

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وفى لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظى طفيف اصـــبح بعده مطابقا ، واصبحت المادة رقمها ٤٣٤ فى المشروع النهـــائى • ووافق عليـــه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥ ـــ ص ٢٧) •

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٠٨/٢٤٢ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفا على تمام الشرط •

(ولا فرق فى الاحكام بين التقنين السابق والجديد ، الا أن نص التقنين السابق جاء مقتضبا واقتصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف • أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا هو الاصل ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ • ثم يبين التقنين الجديد كيف تتم التجربة ، والمدة التى تتم فيها ، وما هو حكم سكوت المشترى عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تخلو من أهمية عملية : المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥ ـــ ٢٦) •

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٩ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٠ ــ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٢٤ ــ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١ ــ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٥٨ ــ وفى التقنين المدنى الاردنى المواد ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٣ ــ ٤٧٦ [1] .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدنى المصرى ــ وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ ــ فقرة ٦٢) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدنى المصرى ــ وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٨١ ــ فقرة ٨٧ والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ ــ فقرة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٧٤ بند ٣ : يكون البيع : ١ ــ اما .. ٣ ــ واما على شرط التجربة .

م ٣٩١ : ان البيع على شرط التجربة يعد فى جميع الاحوال منعقدا على شرط التعليق . (ولا فرق بين التقنين اللبنانى والتقنين المصرى ، غير أن التقنين اللبنانى لما جعل بيع التجربة منعقدا على شرط التعليق لم يبين هل الاصل فى هذا الشرط أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا ، أما التقنين المصرى فقد بين كما رأينا أن الاصل فى شرط التجربة أن يكون شرطا واقفا) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٨ : يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، فى مدة معلومة ، لقبول البيع أو رفضه . فان سكت المتبايعان عن تحديد المدة فى العقد ، حملت على المدة المعتادة . فاذا انقضت المدة ولم يعلن المشترى رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوته قبولا .

(ويلاحظ ان التقنين الكويتى عالج اشتراط التجربة مع اشتراط المذاق فى مادة واحدة وهى تتفق فى عمومها مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٧٠ : ١ ــ يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فان سكت المتبايعان على تحديدها فى العقد حملت على المدة المعتادة . ٢ ــ ويلتزم البائع بتمكين المشترى من التجربة .

م ٤٧١ : ١ ــ يجوز للمشترى فى مدة التجربة اجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ويشترط فى حالة الرفض اعلان البائع . ٢ ــ اذا انقضت مدة التجربة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ولزم المبيع .

م ٤٧٣ : يسرى حكم البيع بعد التجربة والرضا بالمبيع من تاريخ البيع .

ويخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة ، فنبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : ١ ـ كيف يعلق البيع على شرط التجربة ، ٢ ـ كيف تكون التجربة والوقت الذى تتم فيه ، ٣ ـ التجربة كشرط واقف • ٤ التجربة كشرط فاسخ •

٦٨ ـ كيف يعلق البيع على شرط التجربة : يكون ذلك عادة بأن يشترط المشترى أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذى يطلب ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافيا للاستيثاق من ذلك •

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحا • ولكنه قد يكون ضمنيا ، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل • فشراء ملابس ينطوى عادة على شرط ضمنى أن المشترى قد اشتراها بشرط تجربتها ، حتى اذا كانت لا تناسبه نقض البيع (١) • وشراء آلات ميكانيكية الزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، اذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها الا بعد تجربتها ، تفترض فيه التجربة شرطا ضمنيا • واذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها ، فالغالب أن يشترط

= م ٤٧٤ : اذا فقد المشترى اهليته قبل ان يجيز البيع وجب على الولى او الوصى أو القيم اختيار ما هو فى صالحه •

م ٤٧٥ : اذا مات المشترى قبل اختياره وكان له دائن أحاط دينه بما له انتقل حق التجربة له والا انتقل هذا الحق للورثة ، فان اتفقوا على اجازة البيع أورده لزم ما اتفقوا عليه ، وان أجاز البعض ورد الآخر لزم الرد •

م ٤٧٦ : لا يجوز للمشترى ان يستعمل المبيع فى مدة التجربة الا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه فان زاد فى الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع •

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع التقنين المصرى مع تفصيل لا يتعارض ما تقضى به القواعد العامة) •

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٦٤ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨ •

أن يكون البيع بشرط التجربة ، وكثيرا ما يكون هذا الشرط مفهوما ضمنا من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة • وقد يستقر العرف فى أشياء معينة ان يكون شراؤها معلقا على شرط التجربة ، فيفهم الشرط ضمنا عن طريق العرف •

ونرى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التى لا يمكن الاستيثاق منها الا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكيماوية والأسمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلى وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك • وكل هذه الأشياء منقول ،ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشترى لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة •

٦٩ — كيف تكون التجربة والوقت الذى تتم فيه : اذا كان البيع بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشترى من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه اياه لاستعماله بنفسه (١) • وليس من الضرورى أن تكون التجربة بمحضر من البائع ، فيجوز أن يجرب المشترى المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيدا عن البائع •

والتجربة يقصد بها أحد أمرين :

١ — اما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه ، كأن يكون آلة ميكانيكية للحرث أو للدراسة ، فيجر بها المشترى ومتى تبين أنها

---

(١) وللمشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حجز عليه دائن البائع ، وحتى لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم • ولو كان بيع التجربة معلقا على شرط واقف ، فانه بتحقق الشرط ورضاء المشترى بالمبيع بعد تجربته يعتبر مالكا اياه من وقت البيع أى عن وقت سابق على الحجز والافلاس ، ومن أولى لو كان بيع التجربة معلقا على شرط فاسخ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٧) •

تصلح للحرث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح • فالصلاحية هنا معيارها وفا المبيع بالأغـراض المقصودة منه ، فمتى وجد المبيع صالحا للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشترى أن يرفضه ، واذا وقع خلاف حسمه الخبراء • وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب الخفية اذ المبيع غير الصالح يكون منطويا عادة على عيب خفى يجعله غير صالح •

٢ - واما للاستيثاق من أن المبيع يسـتجيب لحـاجة المشـترى الشخصية ، فاذا اشترى ملابس أو فرسا أو منزلا للسكنى بشرط التجربة فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته بل بملاءمته للمشترى • فقد تكون الملابس أو الفرس أو المنزل صالحة فى ذاتها ، ولكن المشترى لم ترقه الملابس او لم يجد فى الفرس صفات خاصة كـان يتطلبهـا أو لم يرتح للسكنى فى المنزل ،فله عند ذلك أن يرفض المبيع ، والقول فى ذلك قوله هو لا قول الخبراء • وقد عرضت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى اذ تقول : « ولم يقتصر المشروع على ادخال هــــذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر التزام البـائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع ، وللمشترى حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة • وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامـات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فـان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشترى مناسـبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك (١) » • وغنى عن البيان أن ماورد فىالمذكرة الايضا حية انما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هـو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشىء صالحا فى ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين فى ذلك حسم الخلاف أهل

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦ •

الخبرة (١) • فالعبرة اذن باتفاق المتبايعين ، فان قصدا من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان للخبراء القول الحاسم ، وان قصدا منها مناسبة الشيء لحاجة المشترى الشخصية كان قول المشترى هو القول الأخير • واذا وقع شك في قصدهما ، فالمفروض — نظرا لعبارة النص ولما جاء في المذكرة الايضاحية — أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشترى ، فيكون للمشترى القول الحاسم في صلاحية المبيع •

والتجربة — سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشترى الشخصية — يجريها المشترى بنفسه في العادة ، لا سيما اذا كان القصد منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته • ولكن قد يستعين فيها برأى صديق أو رأى خبير ، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية (٢) •

وكثيرا ما يحدد المتبايعان وقتا معينا يعلن فيه المشترى نتيجة التجربة (٣)• فاذا لم يحددا وقتا لذلك ، جاز للبائع ان يقوم هو بتحديد

---

(١) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالبا بودرى وسينيا فقرة ١٦٥ — وأنظر لوران ٢٤ فقرة ١٤٨ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ • وأنظر في الفقه المصرى : الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٣٨ ص ٥٢ — ص ٥٣ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١ ص ٥١ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٢ ص ١٦٧ وهامش رقم ٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ٨٥ — ص ٨٦ • الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقى) وقارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢ ص — ٥٧ ص ٥٨ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٥ — الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ — الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢ (في الفقه السورى) • الاستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقى) •

(٢) واذا مات المشترى قبل التجربة ، انتقل حقه الى ورثته (تيسييه فقرة ١٧١ — ترولون ١ فقرة ١١٢ — جيوار ١ فقرة ٤٦ — الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٣٨ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) •

(٣) فاذا لم يتمكن المشترى من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب اجنبى لابد له فيه ، فالظاهر ان يكون البائع بالخيار ، اما أن يمهل المشترى مدة أخرى لتجربة المبيع : واما أن يفسخ البيع فيتحلل من التزاماته • وللمشترى أن يمنع البائع من الفسخ اذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر في هذا المعنى في القانون السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٠ ص ٩٣) • •

مدة معقولة ، وللقضاء حق الرقابة عليه فى ذلك (١) •

فان قبل المشترى المبيع أو رفضه فى خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت اعلان القبول أو الرفض بيعا تاما أو كأنه لم يكن تبعا للقبول أو الرفض (٢) • أما اذا انقضت المدة ، وسكت المشترى عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع (٣) ، فان سكوته يعد قبولا • ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جعله المشترى بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن اعلان نتيجتها مستحيلا ، فيعتبر الشرط اذا كان واقفا أنه تحقق ، واذا كان فاسخا أنه تخلف ، طبقا للقواعد المقررة فى الشرط (٤) •

٧٠ — **التجربة شرط واقف :** بقى أن نبين هل شرط التجربة الذى علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ • تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدنى ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر « معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » • فالأصل اذن أن يكون شرط التجربة

---

(١) واذا سكت المشترى وقتا طويلا دون ان يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن بقاءه ساكتا هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ — ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٣٩) •

(٢) وقد يتفق المتبايعان على أنه فى حالة رفض المشترى للشىء بعد تجربته يجب عليه شراء شىء آخر من نفس البائع ، فان أمكن تخريج هذا الاتفاق على انه وعد بالشراء من جانب المشترى — بأن ذكر ثمن الشىء الآخر على وجه التحديد أو قيل مثلا ان ثمن الشىء الآخر يعدل ثمن الشىء المرفوض — التزم المشترى بالشراء • اما اذا لم يذكر الثمن ، لم يقم الوعد بالشراء ، ولم يلتزم المشترى عند رفضه المبيع ان يشترى شيئا آخر مكانه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠) •

(٣) وقد بينا الحكم فيما اذا لم يتمكن المشترى من التجربة لسبب أجنبى لا يد له فيه (انظر نفس الفقرة فى الهامش) •

(٤) جيوار ٢ فقرة ٤٥ — بودرى وسينيا فقرة ١٦٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ — وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ — وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦ •

شرطا واقفا ، أو كان هناك شك فيما قصدا اليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطا واقفا .

ويكون المشترى بشرط التجربة فى هذه الحالة مالكا تحت شرط واقف (١) ، ويبقى البائع مالكا للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطا فاسخا بالنسبة اليه . والشرط الذى يعتبر واقفا بالنسبة الى المشترى وفاسخا بالنسبة الى البائع هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته ، باعلانه هذا القبول الى البائع فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول الذى حدده البائع على التفصيل الذى قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (٢) . ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشترى للمبيع ملكية باتة بأثر رجعى ، فاستندت الى وقت البيع لا الى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بأثر رجعى أيضا ، فاستند زوالها الى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التى ترتبت من جهة المشترى . ويتخلف الشرط برفض المشترى للمبيع ، واعلانه هذا الرفض للبائع فى الميعاد . ومتى تخلف الشرط ، زال البيع بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بأثر رجعى ملكية المشترى التى كانت

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشىء تحت يد المشترى على شرط التجربة يعتبر على سبيل الوديعة ، فاذا تصرف فيه يعد خائنا للامانة . وذلك لانه ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشترى المبيع (نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) .

(٢) ولا يقال انه شرط ارادى متوقف على ارادة المشترى ، اذ المشترى هو الدائن بنقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفا على ارادة الدائن ، أما الشرط الارادى المحض الذى يبطل العقد فهو الذى يتوقف على ارادة المدين . أما التزام المشترى بدفع الثمن ، فانه اذا الغاه بارادته المحضة الغى فى مقابل ذلك حقه فى انتقال الملكية اليه . هذا الى انه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشىء فى ذاته ، لم يكن الامر موكولا الى محض ارادة المشترى ، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء (أنظر الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية باتة منذ البداية • وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت من جهة المشترى • أما اذا سكت المشترى عن اعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلا ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشترى قبل المبيع ، وتجرى الأحكام التى قدمناها فى حالة تحقق الشرط • وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه « اذا انقضت المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولا » •

واذا اعتبرنا التجربة شرطا واقفا ، كما هو الأصل ، وهلك المبيع بسبب أجنبى وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع • ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط اذا تحقق ــ ويتعذر أن يتحقق فى هذه الحالة فان المشترى لن يقبل المبيع بعد أن هلك ــ لم يكن لتحققه أثر رجعى ، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشترى ، فيهلك على البائع (١) •

---

(١) ولا يمنع من صحة هذا الحكم ان المشترى قد تسلم المبيع لتجربته وان هلاك المبيع يكون على المشترى بعد التسليم ، فان ذلك انما يكون فى البيع المنجز ، اما والبيع معلق على شرط واقف فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ الطبعة الثانية المجلد الاول ص ٨٧ هامش رقم ١ ــ الاستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٠ ــ وقارن الاستاذ مصطفى الزرقا فى عقد البيع فى القانون المدنى السورى ص ٩٠ ــ ص ٩٢) •

أما فى القانون المدنى العراقى ، حيث يجب التمييز بين يد الامانة ويد الضمان ، فان يد المشترى فى بيع التجربة هى يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطا واقفا وهلك المبيع قبل ان يتحقق الشرط (انظر فى هذا المعنى الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٤) • ويؤيد ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء فى القانون العراقى يكون على القابض ، وليس المشترى بشرط التجربة بادنى حالا فى أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل ان المشترى بشرط التجربة ، وقد انعقد البيع وانتقلت =

٧١ — **التجربة شرط فاسخ** : على أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن تكون التجربة شرطا فاسخا • ويكون الاتفاق على ذلك صريحا ، أو ضمنيا يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد • ذلك ينفذ البيع منذ البداية ، ويصبح المشترى مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف • والشرط هنا يصبح عدم قبول المشترى للمبيع واعلان البائع بهذا الرفض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة الى المشترى ، وهو فى الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة الى البائع • فاذا تحقق الشرط ، بأن أعلن المشترى البائع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعى ، واعتبر المشترى كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وتزول الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على المبيع وتبقى تلك التى ترتبت من جهة البائع • أما اذا تخلف الشرط — أو صار فى حكم المتخلف بأن سكت المشترى عن القبول أو الرفض — فان البيع يصبح باتا ، ويعتبر المشترى مالكا للمبيع ملكية باتة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى • وتبقى الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على المبيع ، بينما تزول الحقوق التى ترتبت من جهة البائع (١) •

= الملكية معلقة على شرط واقف ، اولى بتحمل تبعة الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينعقد له بيع ولم تنتقل اليه ملكية • وقد ورد نص صريح فى التقنين المدنى العراقى يجعل تبعة الهلاك على القابض على سوم الشراء ، اذ تنص الفقرة الاولى من المادة ٥٤٨ من هذا التقنين على أن « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك أوضاع فى يد القابض ، لزمه الضمان • أما اذا لم يسم له ثمن ، كان أمانة فى يده ، فلا يضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه » •

(١) واذا كانت التجربة شرطا فاسخا ، فان البيع بشرط التجربة يكون قريبا من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة • وقد نصت المادة ٤٥٥ مدنى فى صدد هذه الصورة الاخيرة على ما يأتى : « اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره ، وان يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه فى الضمان — كل هذا ما لم يتفق على غيره » • ففى هذه الصورة الاخيرة تقتصر تجربة =

واذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشترى لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشترى ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدني) .

٢ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« اذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشترى أن يقبل المبيع أن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان »(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

= المبيع على التثبت من صلاحيته للعمل مدة معينة ، فاذا ظهر المبيع غير صالح للعمل - والحكم في ذلك للخبراء - كان على المشترى أن يخطر البائع بما في المبيع من خلل في مدة شهر من ظهور الخلل وان يرفع دعوى ضمان في مدة ستة شهور من هذا الاخطار . فيختلف هذا البيع اذن عن بيع التجربة ، اذ هو لا ينطوي على شرط فاسخ اذا تحقق انفسخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتقاضي أو بالتراضي . وسنعود الى هذا البيع عند الكلام في ضمان العيوب الخفية (انظر ما يلي فقرة ٣٨٠) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلا لفظيا طفيفا فاصبح مطابقا للتقنين الجديد ، واصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩) .

(٢) اختلف الفقه المصري ، في عهد التقنين السابق ، في بيع المذاق لانعدام النص . فذهب فريق الى أن للمشترى حق المذاق في كل الأشياء التي اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها ، وفقا للعرف وتطبيقا للمادة ٢٤٥/٣١١ مدني سابق (جرانمولان فقرة ١٩٥) . وذهب فريق ثان الى ان بيع المذاق اندمج حكمه في أحكام العلم بالمبيع ، لان العلم بالمبيع علما كافيا قد لا يتحقق =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخـرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٤١١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٢٥ — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧٤ بند ٤ والمادة ٣٩٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى ٤٥٨ — وفى التقنين الاردنى المادة ٤٧٧ (١) ٠

= الا بالمذاق (الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧) ٠ وذهب فريق ثالث الى ان بيع المذاق اندمج فى بيع التجربة المنصـوص عليه فى التقنين السـابق (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٧) ٠ والرأيان الاخيران لا يمكن الاخذ بهما ، لان عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط المذاق فيحول دون انعقاده ، ولان بيع التجربة ينعقد معلقـا على شرط وبيع المذاق لا ينعقد قبل المذاق ٠ والرأى الاول هو الرأى الذى اختـاره التقنين المدنى الجديد ، وقننه فى المادة ٤٢٢ سالفة الذكر ، فتعتبر هذه المادة مفسرة لاحكام التقنين المدنى السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التى أبرمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد (انظر فى هذا المعنى الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ — ص ٦٣ — الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٣٩ ص ٥٤ — الاسـتاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٨) ٠

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى — انظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ — فقرة ٦٥) ٠

التقنين المدنى الليبى م ٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى العراقى م ٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) ٠

(انظر فى القانون العراقى الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ — فقرة ٢٢٧ — والاسـتاذ حسن الذنون فقرة ٨٩ — فقرة ٩٤ ويرى أن خيـار الرؤية كان يغنى عن بيع المذاق) ٠

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٧٤ بند ٤ : يكون البيع : ١) ٠٠٠ ٤) واما على شرط المذاق ٠

م ٣٩٢ : ان البيع على شرط المذاق لا يعد تاما مادام المشترى لم يقبل المبيع — (وأحكام التقنين اللبنانى متفقة مع أحكام التقنين المصرى) ٠

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٨ : يجوز اشتراط التجربة او المذاق ، فى مدة معلومة ، لقبول البيع أو رفضه ٠ فان سكت المتبايعان عن تحديد المدة فى العقد ، حملت على المدة المعتادة ٠ فاذا انقضت المدة ولم يعلن المشـترى رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوته قبولا ٠

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى مع ملاحظة ان =

٧٣ — كيف يعلق البيع على شرط المذاق : يكون ذلك عـادة بأن يشترط المشترى على البائع ألا يتم البيع الا اذا ذاق المشترى المبيـع وقبله • وهذا الشرط قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستخلص مـن الظروف والملابسات • ومن أهم الظروف التى يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فمن المبيعات مالا يدرك كنهه ادراكا تاما الا بمـذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنبيذ ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التى تختلف فيها أذواق الناس • فالمفروض أنه اذا بيع شىء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المـذاق ، فـلا يتم الا بعد المذاق وقبول المشترى للمبيع •

على أنه قد يتفق المتبايعان على اسـتبعاد شرط المذاق حتى فى المأكولات التى تقدمت الاشارة اليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من الظروف والملابسات • فاذا كان المشترى تاجرا يتجر فى مـثل هـذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجـارى المألوف ، وعلى أن ترسل الى مكان المشترى وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشترى عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصى دخل فى الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذى يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وارسال البضاعة الى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قـد تمت والا لما خاطر البائع بارسالها الى هذا المكان البعيد قبل أن تتم •

= التقنين الكويتى عالج اشتراط التجربة مع اشتراط المذاق فى مادة واحدة).

التقنين المدنى الاردنى م ٤٧٧ : تسرى احكام البيع بشـرط التجربة على البيع بشرط المذاق الا ان خيار المذاق لا يورث •

(وقد احال التقنين الاردنى شرط المذاق الى الاحكام التى اوردها فى شرط التجربة باسـتثناء توريث الشرط وهى فى مجموعها تتفق مع احكام التقنين المصرى وما تقضى به القواعد العامة) •

وكذلك اذا تم البيع على موجب عينة ، فالمفروض أن المشترى قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذى يجىء وفق العينة يكون البيع باتا فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

٧٤ – كيف يتم المذاق – الزمان والمكان اللذان يتم فيهما : يتم المذاق فى الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمنى ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن هناك عرف ، فالمذاق يتقدم تسلم المشترى المبيع من البائع ، فيتم فى المكان الذى يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فورا ، بحيث اذا تسلم المشترى المبيع اعتبر تسلمه اياه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه .

والذى يذوق المبيع هو المشترى شخصيا (٢) ، وله الحرية الكاملة فى قبول المبيع أو فى رفضه حسب ذوقه (٣) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة فى أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشىء فى ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشىء لحاجة المشترى ؛ أما المذاق فيتمحض فى الاستيثاق من مناسبة الشىء لذوق المشترى . وحتى لو كان المشترى تاجرا واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصى ،

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ – بودرى وسينيا فقرة ١٦٠ – الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٦ .

(٢) وقد يستأنس بذوق أجنبى وهذا نادر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤) .

(٣) واذا رفض المشترى المبيع ، لم يستطع البائع اجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو اجبار البائع على ان يسلمه صنفا آخر يلائم ذوقه الشخصى . أما اذا كان المشترى قد نزل عن شرط المذاق ، ورضى أن يكون الشىء من الصنف المألوف فى التجارة أو من صنف معين ، فان البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فاذا لم يكن الشىء من الصنف المشترط استطاع المشترى اجبار البائع على تسليمه شيئا من الصنف المشترط او اشتراه على حسابه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ – بودرى وسينيا فقرة ١٦٣ – الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ – الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٥ ص ٥٣١ هامش رقم ٥) .

وهو الذى يقرر ــ لا الخبراء ــ أى صنف يلائم عمــلاءه (١) • وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشترى مــن مذاق المبيع (٢) •

ولابد من أن المشترى يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وســــكوته لا يكفى ، وهذا فرق اخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٣) •ولكن قبــول المبيع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا • ويستخلص القبــول ضمنا ، كما قدمنا . من تسلم المبيع . أو من وضع المشترى ختمــه أو عــلامة خاصة على المبيع ، فهذا وذاك دليل على أنه ارتضى المبيــع بعــد أن ذاقه (٤) •

٧٥ ــ **التكييف القانونى لبيع بالمذاق** : والبيع بالمذاق ليس بيعــا معلقا على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفى هذا يختلف أيضــا عن بيع التجربة • ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعا أصلا ، بل هو مجــرد وعد بالبيع • وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته (٥) • فاذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقــد قبــل البيع • وينعقد البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعى كما له هذا الأثر فى بيع التجربة (٦) • ومن ثم رأينا المادة ٤٣٢ مدنى تقول :

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٩ ــ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ ــ ص ١٦١ وفارن الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦ •

(٢) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ •

(٣) الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ ــ الاســــتاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٤ ــ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩ •

(٤) بودرى وسينيا فقرة ١٦٠ ــ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١ •

(٥) ولكنه قد التزم ان يذوق الشىء ، وهو بعد ذلك حر فى رفضــه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٢ ص ٣٧٨ هامش رقم ٢) •

(٦) وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشــــرط التجربة ، لا فى أن المشترى حر فى القبول أو فى الرفض فى مدة يحددها الاتفاق أو العــرف فالاثنان حكمهما واحد فى ذلك ، ولكن فى أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاســـخ ، بل هو لا يتم =

« كان للمشترى أن يقبل البيع » • أما فى البيع بالتجربة ، فتقول المادة ٤٢١ مدنى : « يجوز للمشترى أن يقبل المبيع » • وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين فى طبيعتهما • فبيع التجربة بيع كامل وان لم يكن باتا ، ولذلك يقبل المشترى المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله • وبيع المذاق ليس بيعا كاملا ، بل وعدا بالبيع ، ولذلك يقبل المشترى البيع •

ونرى من ذلك أن بيع المذاق اذا تم بيعا بقبول المشترى للبيع — أى بقبوله للوعد وتحويله بيعا بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع — فان ملكية المبيع لا تنتقل اليه الا من وقت هذا القبول • ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

١ — اذا كان دائن للبائع قد وقع حجزا على المبيع قبل قبول المشترى للبيع ، كان الحجز صحيحا اذ وقع على شىء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز على المشترى لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة •

٢ — اذا أفلس البائع قبل قبول المشترى للبيع ، ثم قبل المشترى البيع ، فانه لا يستأثر بالمبيع دون سائر الدائنين ، أما فى بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع اى قبل الافلاس فيستأثر بالمبيع •

= الا من وقت اعلان المشترى للقبول دون أثر رجعى — فبيع المذاق ، قبل قبول المشترى ، انما هو وعد بالبيع من جانب واحد : انظر فى هذا المعنى التقنين الفرنسى ١٥٨٧ والتقنين الايطالى م١٤٥٢ والمشروع الفرنسى الايطالى م ٣٢٦ والتقنين اللبنانى م ٣٩٢ — على أن هناك من التقنينات الاجنبية مايعتبر بيع المذاق بيعا معلقا على شرط واقف : انظر التقنين الاسبانى م١٤٥٣ والتقنين البرتغالى م ١٥٥١ والتقنين الهولندى م ١٤٩٩ والتقنين الارجنتينى م ١٣٧٠ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨) •

أما الفقه فى فرنسا فيميل الى القول بأن بيع المذاق مجرد ايجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول ان المشترى ملتزم هو أيضا بمذاق الشىء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٣٧٨ — جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤) •

٣ - اذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) •

٧٦ - الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة : والآن نستطيع أن نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتي :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء لذوق المشترى ، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء •

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشترى المبيع ، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم •

٣ - لا يكفى سكوت المشترى في بيع المذاق بل لابد من اعلان قبوله للبيع ، ويكفى السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع •

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فبيع كامل معلق اما على شرط واقف واما على شرط فاسخ •

٥ - اذا وقع دائن البائع حجزا على المبيع قبل قبول المشترى ، ففى بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشترى ، وفى بيع التجربة لا ينفذ •

٦ - اذا أفلس البائع قبل قبول المشترى ، ففى بيع المذاق لا يستأثر المشترى بالمبيع ، وفى بيع التجربة يستأثر •

٧ - اذا هلك الشيء قبل قبول المشترى ، ففى بيع المذاق يكون هلاكه دائما على البائع ، وفى بيع التجربة يكون الهلاك على البائع اذا كانت التجربة شرطا واقفا وعلى المشترى اذا كانت التجربة شرطا فاسخا (٣) •

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٥ .

(٢) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٣ - انظر فى انتقاد ايجاد بيع المذاق الى جانب بيع التجربة ووجوب التسوية من جانب التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعا معلقا على شرط الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٦٥ •

(٣) والفقه الاسلامى يواجه كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط . وفى الفقه الاسلامى أيضا البيع على سوم النظر (المجلة م ٢٩٩) والبيع على سوم الشراء (المجلة م ٢٩٨) ، وهذان ليسا بيعين .=

٣ ــ بيـــع الوفـــاء

(vente à réméré)

٧٧ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المــدنى على ما يأتى :

«اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خــلال مــدة معينة ، وقع البيع باطلا »[1] .

= كاملين، والاول منهما اقرب الى أن يكون مجرد ايجاب من البائع. أما الثانى فاقرب الى ان يكون وعدا بالبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك أيضا فى مذهب مالك خيار الثلاثة الايام وخيار العام .

وقد ســـار التقنين المدنى العراقى على هدى الفقه الاسلامى ، فورد الى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصا متعلقة بخيار الشرط على الوجه الاتى : م ٥٠٩ عراقى : يصـــــح ان يكـــون المشترى ، البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أولهما معـــــــا او لاجنبى . م ٥١٠ عراقى . اذا شرط الخيار للبائع والمشترى معا ، فايهما فسخ فى أثناء المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز سقط خيار المجيز وبقى الخيار للاخر الى انتهاء المدة . م ٥١١ عراقى . اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار ، لزم البيع . م ٥١٢ عراقى : خيار الشرط لا يورث ، فاذا مات من له الخيار سقط خيـــاره . م ٥١٣ عراقى : فى جميـــع حالات الخيار ، اذا تلف المبيع فى يد المشترى قبل الفسخ ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر فى شرح خيار الشرط فى القانون المدنى العراقى الاســـتاذ حسن الذنون فقرة ٤٦ ــ فقرة ٥٦ ، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيـــع التجربة وبيع المذاق . وانظر فى تفنيد هذا الانتقاد تفنيدا موفقا الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظاهر ان خيار الشرط أوسع من كل من بيــع التجـــربة وبيع المذاق ، فلا ضير من هذا الجمع ، ويكون البيعـــان الاخيران صورتين خاصتين من صور خيار الشرط .

(١) **تاريخ النص** : كان المشروع التمهيدى يشتمل على المــــواد من ٦١٧ الى ٦٣١ ، وهى نصوص تقر بيع الوفاء وتنظمه تنظيما مفصـــلا على الوجه الذى سار عليه التقنين المدنى السابق (انظر نصـــــوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدنى السابق والمذكرة الايضـاحية المتعلقة بها فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ ــ ص ١٩٠ فى هوامش هــذه الصفحات) . وقد سار المشروع التمهيدى فى مراحله أمام لجنــة المراجعة ، فمجلس النواب ، حتى اذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأت هذه اللجنة الغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلا فى المادة ٤٦٥ التى نحن بصددها ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وضـــعتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ ــ ص ١٨٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٣٨ — ٣٤٧/
٤٢١ — ٤٣٣ (١) .

---

(١) التقنين المدنى الســــابق م ٤٢١/٣٣٨ (معدله بالقانون رقــم ٤٩/ ٥٠ لسنة ١٩٢٣ : حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعه فى مقابلة المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه .

م ٤٢٢/٣٣٩ — ٤٢٣ (معدلة بالقانون ٤٩/ ٥٠ لسنة ١٩٢٣) : اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا اثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . ويعتبر العقد مقصودا به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد او اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع باى صفة من الصفات — ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقــد بدون التفات الى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشــــترى على شرط الاسترداد ، بمعنى انه اذا لم يوف البائع بالشـــــروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى — واما اذا صار توفية الشروط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع .

م ٤٢٥ مختلط (لا مقابل لها فى الاهلى) : اذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع ، فمن صـــار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثانى الا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز أن يشترط لاســـترداد المبيع ميعاد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين (فى المختلط سنتان بدلا من خمس) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه ســقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الاحوال ولو فى حالة القوة القاهرة .

م ٤٢٨ مختلط (لا مقابل لها فى الاهلى) :تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى للبائع الاصلى معلق على شرط ، اذ يعتبر المشـــترى المذكور مالكا للمبيع ملكا باتا من يوم البيع الاول الى يوم تطويل الميعاد .

م ٤٢٩/٣٤٣ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقــل اليه المبيع ، ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال .

م ٤٣٠/٣٤٤ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل على المشترى فى الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الاشــياء الآتى بيانها : أولا — أصل الثمن . ثانيا — المصروفات المترتبة على البيع والتى تترتب على اســـترداد المبيع . ثالثا — المصاريف اللازمة التى صرفها المشـــترى غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يؤدى ايضا ما زاد فى قيمة المبيع بسبب المصاريف الاخرى التى صرفها المشترى بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٤٣١/٣٤٥ : عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع ، يأخــذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٣٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٥٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٣٣٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٧٣ — ٤٨٦ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥٠٨ (١) .

= التى أجرها ذلك المشترى بدون غش يشترط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٤٣٢/٣٤٦ : الاسترداد لا يقع الا على المبيع ، سواء كان المبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما الى حصص ، الا اذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم .

م ٤٣٢/٣٤٧ : اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار ، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الاول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء ان يلزمه بأخذ العين بتمامها .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدنى المصرى — انظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٦ — فقرة ٢٥٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٤ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهنا حيازيا .

(والتقنين العراقى كان يشتمل فى مشروعه التمهيدى على نصوص — المواد من ٥٩٥ الى ٦٠٥ — تقر بيع الوفاء وتفصل احكامه باعتبار انه بيع معلق على شرط فاسخ على نمط الفقه الغربى . ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذفت هذه النصوص ، وتوسط التقنين العراقى بين موقف الفقه الغربى من بيع الوفاء ويقره :ما رأينا وبين موقف التقنين المصرى وهو يبطله كما سبق القول ، فجعل بيع الوفاء لا بيعا صحيحا ولا بيعا باطلا ، بل جعله رهنا حيازيا ، أى أنه وضع قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازى . وقد جرى التقنين العراقى فى ذلك على تقاليد الفقه الاسلامى والمجلة ، فبيع الوفاء هناك انما هو رهن حيازى . ويجب التمييز فى القانون العراقى بين بيع الوفاء والبيع المقترن بخيار شرط للبائع . فبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشترى على ماله وتأمين البائع على استرداد العين المبيعة بعد وفاء المشترى حقه ، ويأخذ حكم الرهن الحيازى ، فلا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى بل يبقى المبيع عنده تأمينا حتى يستوفى حقه من البائع ، أما البيع المقترن بخيار شرط للبائع ، فقد قصد به ان يكون للبائع فسحة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحته أن يجعل البيع باتا أو ان يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، ينقل ملك المبيع الى المشترى تحت شرط فاسخ لانه مقترن بخيار التروى أو خيار الشرط . وتكون المدة فى خيار =

= الشرط عاده مدة قصيرة ، اذ لا يحتاج البائع فى التروى الى وقت طويل ، أما مدة الاسترداد فى بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل الى سنين عدة ، اذ هو قرض مضمون برهن حيازى كما سبق القول ــ قارن الاستاذ حسن الذنون فى البيع فى القانون المدنى العراقى فقرة ٤١٨ ــ فقرة ٤١٩) ٠

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

م ٤٧٣ : ان البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفائى هو الذى يلتزم فيه المشترى بعد البيع التام أن يعيد المبيع الى البائع مقابل رد الثمن ٠ ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفائى أشياء منقولة وغير منقولة ٠

م ٤٧٤ : لا يجوز ان يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع ٠ واذا اشترط ميعاد يزيد عليها انزل الى ثلاث سنوات ٠

م ٤٧٥ : ان الميعاد المذكور متحتم ، لا يجوز للقاضى ان يحكم باطالته وان لم يتمكن البائع من استعمال حقه فى الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختارا ٠ أما اذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئا عن خطأ من المشترى ، فانقضاء المهله لا يحول دون استعماله ٠

م ٤٧٦ : ان المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكا للمشترى تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشترى يبقى مالكا له اذا لم يقم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده ٠ أما اذا قام بهذه الشروط ، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع ٠ وفى كل حال يتمتع المشترى بالمبيع كالمالك الى أن تنتهى المهلة او الى ان يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و٤٨٥ ، فيحق له ان يجنى ثمار المبيع وان يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا ٠

م ٤٧٧ : يجرى حق الاسترداد بأن يبلغ البائع الى المشترى رغبته فى استرداد المبيع ، ويجب عليه فى الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

م ٤٧٨ : اذا توفى البائع قبل أن يستعمل حقه فى الاسترداد ، انتقل هذا الحق الى ورثته ، فيستعملونه فى المدة الباقية لمورثهم من المهلة ٠

م ٤٧٩ : لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد الا مجتمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بجملته ٠ ويسرى هذا الحكم أيضا فيما اذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئا مشتركا بينهم ولم يحفظوا لكل منهم حقه فى استرداد حصته ٠

م ٤٨٠ : يجوز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشترى مجتمعين . أما اذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع فى حصة احد الورثة ، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله ٠

م ٤٨١ : اذا أعلن اعسار البائع ، كان حق الاسترداد للدائنين ٠

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقيم دعوى الاسترداد على المشترى الثانى ٠

م ٤٨٣ : ان البائع الذى يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود الى وضع يده على المبيع الا اذا رد : أولا ــ الثمن الذى قبضه ــ ثانيا ــ النفقات المفيدة بمقدار ما زادته فى قيمة المبيع ٠ أما فيما يختص بالنفقات الكمالية ، فليس للمشترى سوى نزع ما ادخله على المبيع من التحسين اذا استطاع =

وقد كان التقنين المدنى السابق يقر بيع الوفاء وينظمه تنظيما مسهبا ، أما التقنين المدنى الجديد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن اذن أن نبحث بيع الوفاء :

(أ) فى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ لا يزال موجودا حتى اليوم بيوع وفاء أبرمت فى عهد التقنين السابق فتسرى عليها نصوص هذا التقنين .

(ب) فى عهد التقنين المدنى الجديد .

= نزعه بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشترى من جهة أخرى أن يرد : أولا - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثالثا - الثمار التى جناها منذ اليوم الذى دفع أو أودع فيه الثمن . وللمشترى أن يستعمل حق الحبس اذا لم يرد ما يجب له ، ذلك كله مع الاحتفاظ بالشروط المتفق عليها بين الفريقين .

م ٤٨٤ : ان المشترى مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر او الهلاك بفعله أو بخطأه أو بخطأ الاشخاص الذين يكون مسئول عنهم . وكذلك هو مسئول عن التغييرات التى أدت الى احداث تبدبل جوهرى فى المبيع مخالف لمصلحة البائع . غير انه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة او تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع فى هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : ان البائع الذى يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب فى الوقت نفسه الحق فى محو قيود جميع الحقوق العينية والاعباء والرهون التى أنشأها عليه المشترى . غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الايجار التى عقدها المشترى بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الاجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الايجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : اذا كان المبيع ملكا زراعيا واستعمل البائع حق الاسترداد فى أثناء السنة الزراعية حق للمشترى اذا كان قد ألقى البذار هو أو الذين آجرهم أن يبقى محتلا للاقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وانما يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحلى عن المدة الباقية من يوم الاسترداد الى آخر السنة الزراعية . (وتقرب أحكام التقنين اللبنانى فى بيع الوفاء من أحكام التقنين المصرى السابق) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٨ : اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع فى مقابل رد الثمن والمصروفات ، اعتبر العقد قرضا مضمونا برهن حيازى .

(أخذ التقنين الكويتى بالفقه الاسلامى والمجله فاعتبر بيع الوفاء قرضا مضمونا برهن حيازى ، ولم ينص على بطلان العقد بصفة مطلقة كما فعل التقنين المصرى) .

١ ـ بيع الوفاء فى عهد التقنين المدنى السابق

٧٨ ـ بيع الوفاء والرهن : بيع الوفاء فى عهد التقنين المدنى السابق كان طريقا من التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكيته لدائنه ، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن ، فينفسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع بأثر رجعى . فالبائع وفاء هو المدين ، والمشترى وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه للثانى على أمل استرداده فى المستقبل . أما فى رهن الحيازة فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفى الرهن الرسمى لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهنين يفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء ـ من ناحية أخرى ـ يمتاز على كل من الرهنين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء اذا هلك فى يد المشترى هلك عليه دون البائع ، أما اذا هلكت العين المرهونة فى يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم ان المشترى فى بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه العينى على الشىء المرهون حق شخصى يضمنه جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمى بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه الى ورقة رسمية والرهن الرسمى لابد لانعقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز فى العقار وفى المنقول ، والرهن الرسمى لا يجوز الا فى العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذه المتعاقدان ستارا لاخفاء رهن حيازى (١) لو كشفنا عنه كان غير مشروع . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

١ ـ يقصد المتعاقدان ابرام قرض بربا فاحش مضمون برهن

---

(١) وبيع الوفاء فى الفقه الاسلامى هو رهن لا بيع ، ولكنه يبيح للمشترى وفاء ثمرات المبيع وكان لا يتملكها فى الرهن الا على سبيل الرخصة التى يجوز الرجوع فيها (أنظر ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٨١ ـ الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٢٤٧ ـ فقرة ٢٥٠ وفقرة ٢٥٣) .

حيازى ، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته ، بل يلجـآن الى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عينا بيعا وفائيا ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هى عبارة عن الربا الفاحش (١) • أو يشترط عليه المشترى (الدائن) اذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمنا يكون أكثر من الثمن الذى قبضه ، والفرق ربا فاحش •

٢ — يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشىء المرهون اذا لم يف الراهن بالدين ، فيلجآن الى بيع الوفاء • فيتخذ الدائن المرتهن سمة المشترى وفاء ، ويستطيع بذلك أن يتملك المبيع اذا لم يرد الراهن — وهو البائع وفاء — ما اقترضه وسماه ثمنا فى بيع الوفاء •

٣ — يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء • فلا يحتاج الدائن (المشترى وفاء) الى الحجز والبيع ، بل يمتلك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين •

وقبل قانون رقم ٤٩/٥٠ سنة ١٩٢٣ ، وكان على القاضى ، اذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهنا ، ويجرى على كل عقد حكمه • ثم صدر هذا القانون قاضيا بأن العقد الموصوف بأنه بيع

---

(١) وطبقا لقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ — وسيأتى ذكره — يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلا ، ويصبح المشترى دائنا عاديا يستحق فوائد عن المبلغ الذى دفعه ثمنا ، والاتفاق على الاجرة هو فى حقيقته اتفاق على الفائدة ، فيجب انزال الاجرة الى الحد المسموح به قانونا للفوائد الاتفاقية (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٩) — وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه اذا باع شخص لآخر عقارا بيعا وفائيا ، ثم حكمت المحكمة ببطلانه سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فان حق المشترى فى استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدىء حساب مدة سقوطه الا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائيا (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧) •

وفاء ، اذا كان واقعا على عقار ، وتبين أنه رهن ، فانه يكون باطلا لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضا باعتباره رهنا • وقالت المذكرة الايضاحية لهذا القانون : « ان فى ابطال عقود الرهن التى تكون فى شكل بيع وفائى ابطالا تاما الوصول الى الغاية المطلوبة ، اذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائى نظرا لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وابطال العقد ابطالا تاما • وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائى الذى ينطوى على الرهن ، والا كان جزاء المخالف الغاء كل أثر لعقده » • وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهنا ، فيبطل كبيع وكرهن معا ، اشتراط المشترى على البائع اذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائده ، وذلك لأن المشترى وفاء يقبض ريع المبيع ، فاذا ضم اليه الفوائد كان هذا قرينة على الربا الفاحش • وجعل من هذه القرائن أيضا أن تبقى العين فى حيازة البائع بأى سبب (١) • وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز

---

(١) والقرائن المذكورة فى تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر • وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط فى عهد التقنين المدنى السابق ، فى شأن بيع الوفا الذى يستر رهنا وما يقوم من القرائن فى هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره •

ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى : استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ٦٦ - ١١ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠ - ٨ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١ - ١٤ مارس سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ ابريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤ - ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٦ ص ٩٩٢ - ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢ - استئناف اسيوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسيوط ١٧ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف اسيوط ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ •

نذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى : استئناف مختلط ١١ يونية =

اثبت عكسها (١) .

وفى ظل العمل باحكام تشريع سنة ١٩٢٣ ، اذا ثبت ان عقد البيع يستر رهنا ، فان هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ومن ثم لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن ولا يكون للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائما ابدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه .

= سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٧ ـ ٨ ابريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٧ ـ ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤ ـ ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ ـ ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧ ـ ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ ـ ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩ ـ ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١ ـ ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦ ـ ٩ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٥ ـ ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣ ـ ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥ ـ ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥ ـ ٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠ ـ ٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤ ـ ٢٢ ابريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥ ـ ٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٠ ـ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١ ـ ٤ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣ ـ ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ ـ ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦ ـ ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣ ـ ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨ ـ ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧ ـ ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ ـ ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣ ـ ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥ .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ اذ اجازت اثبات ان الشرط الوفائى مقصود به اخفاء رهن عقارى بكافة طرق الاثبات دون التفات الى نصوص العقد ، فان ذلك منها لم يكن الا تطبيقا للقواعد العامة التى تجيز اثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلى ذلك فان تلك المادة لاتتضمن اى استثناء تنفرد به عن سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الاثبات : نقض مدنى فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٤ ص ١٤٤ .

(٢) وقد ورد ، كما رأينا ، فى آخر المادة ٣٣٩/٤٣٢ ـ ٤٣٣ من التقنين المدنى السابق انه يجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقد بدون التفات الى نصوصه . وليس ذلك الا تطبيقا للقواعد العامة التى تجيز فى العقود المنطوية على غش الاثبات بجميع الطرق . وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٣٣٩ من القانون المدنى (السابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، ان العقد لم يكن بيعا باتا ، وانما هو ـ على خلاف نصوصه ـ يستر رهنا حيازيا . فاذا ادعى المستأنف أن العقد الذى صدر منه فى صورة بيع لم يكن الا استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأمينى أفرغ فى قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له ، وكذلك اقرار من العاقد معه برد العين اليه فى الأجل المحدد بالقيمة المتفق عليها فى العقد ، =

أما نص المادة ١٤١ من القانون المدنى الجديد الذى يقضى بسقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد ، فـانه نص مستحدث لحكم جديد لم يكن مقررا فى ظل القانون القديم ، ومن

= ثم اخذت محكمة الدرجة الاولى بدعواه وبينت الادلة والقرائن التى استندت اليها ، ولكن محكمة الاستئناف ، رغم تمسـكه بدعواه هذه وطلبه اجراء التحقيق لاثباتها ، لم تأخذ بها ، متعللة فى قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد ، والا فلا يمكن اثبات عكس الوارد به بغير الكتابة ، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٧ ص ١٠١) . وقضـت أيضا بانه يجوز للبائع ان يثبت بأى طريق من طرق الاثبات ان العقد ، وان كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا ، فانه فى حقيقة الامر يستر رهنا حيازيا . فاذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة ان الاقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات انما ينصب على هذا العقد ، واستنتج من عباراته أن الطرفين فى ذلك العقد انما قصدا به فى الحقيقة أن يكون ساترا لرهن حيازى ، فانه لا يكون قد اخطأ . اذ يكفى فى اعتبار الاقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخهما . واذا كانت الاوراق المختلف على تكييفها - هل هى ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع - مذكورا فيها انه « اذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول » ، فهذا يدل على أن البيع لا يكـون نافذ المفعول فى مدة الوفاء ، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وان تعلق على شرط فاسخ . واذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للاطيان مقابل الدين فى نهاية الاجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغ عبارتها ، وليس فيه مسخ لمدلولها (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سـنة ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣ - وانظر أيضا : نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٤ ص ٢٢٩) . وبقاء حيازة العين فى يد البائع ، اذا كانت تعد قرينة قانونية طبقا لتشريع سنة ١٩٢٣ - فانها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣) . وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقى يصلح قرينة على الرهن (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٢) . ولو فسخ الايجار بناء على طلب المشترى واسترد المشترى العين كمالك ، فهذا لايمنع من كون التصرف يستر رهنا باطلا ، ولا حجة فيما قاله المشترى من انه وضع يده كمالك لا كمرتهن بعد الفسخ (نقض مدنى ١٦ اكتوبر سـنة ١٩٥٢ مجموعة أحكـام النقض ٤ رقم ٢ ص ٦) . ويؤخذ من ظاهر عبـارات محكمة النقض فى حكم حديث لها انها تعتبر القرائن الواردة فى تشريع سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة . فقد قضت بان بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة =

فان هذا التقادم لايسرى الا من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد . وليس معنى هذا ان التقادم لا يسرى على العقود الباطلة التى ابرمت فى ظل القانون القديم ، وانما هو يسرى عليها ولكن تبدأ مدة التقادم بالنسبة

= ٣٣٩ مدنى (قديم) ، كان قد اتخذ لستر بعض التصرفات القانونية الممنوعة، مما حدا بالمشرع لاصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ معدلا للمادة ٣٣٩ مدنى قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذى يقصد به اخفاء رهن وانه لا اثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا ، وان العقد يعتبر مقصودا به اخفاء رهن اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع باى صفة من الصفات . والذى يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدنى ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع انما أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وانه يستر رهنا . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع الى الغاء البيع الوفائى نهائيا فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة واحالت الدعوى الى التحقيق لاثبات أن عقد البيع هو فى الواقع عقد رهن فانه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص ٣١٦) .

ولكن يبدو أن محكمة النقض انما تأخذ على الحكم المطعون فيه انه لم يعتد بقرينة بقاء العين فى حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القرينة أن تعفى البائع من عبء الاثبات ، وتلقيه على عاتق المشترى ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقته بيع وفاء لا رهن . فبدلا من ذلك ، القى الحكم المطعون فيه عبء الاثبات على البائع ، ليثبت أن عقد البيع هو فى الواقع عقد رهن . وهذا لا شك خطأ فى الحكم المطعون فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا معناه أن القرينة القانونية اذا وجدت لم يجز اثبات عكسها . بل ان الواجب فى القضية التى نحن بصددها أن تحال الدعوى الى التحقيق ، ولكن لا ليثبت البائع أن العقد هو فى حقيقته رهن ، بل ليثبت المشترى أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على انه رهن هو فى حقيقته بيع وفاء . فاذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية ، كان على البائع الذى يدعى أن البيع الوفائى يخفى رهنا أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدنى ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧) ، ومن حقه أن يجاب الى طلبه اذا هو طلب اثبات أن بيع الوفاء يخفى رهنا (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٣٢ ص ٢٥٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ تنص على انه « اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا ، وان العقد يعتبر مقصودا به اخفاء رهن اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات » وقد جرى قضاء محكمة النقض على ان المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة فى الدلالة =

لدعاوى البطلان الخاصة بهذه العقود من تاريخ العمل بالقانون أى من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ وليس من تاريخ ابرامها (١) .

٧٩ ـ دوران فى بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول عند انعقاد البيع ، والدور الثانى عند استعمال حق الاسترداد .

أولا ـ عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠ ـ أركان بيع الوفاء : هى أركان أى بيع آخر ، رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن ، ولا يشترط التسليم (٢) . وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الى المشترى المبالغ التى يتفق عليها ـ وهى غالبا الثمن والمصروفات ـ فى مدة معينة . فاذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع الى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلا .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحا يجب توافر أمرين :

١ ـ أن يكون الشرط معاصرا لعقد البيع ولو لم يكن مذكورا فى عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهنية تكفى (٣) . فاذا تخلف الشرط عن عقد

= على ان العقد يستر رهنا ومانعه من اثبات العكس ، ومن ثم فان فى اعتماد الحكم المطعون فيه على هذه القرينة وحدها ما يكفى لحمل قضائه ببطلان عقد البيع على أساس انه يخفى رهنا : نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩١ .

(١) نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦١ صفحة ١٠٩١ سبق الاشارة اليه .

(٢) استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٥ .

(٣) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ وهو الحكم السابق الاشارة اليه يكفى فى اعتبار الاقرار ورقة ضد توافر المعاصر الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخهما (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ (ورقة ضد تحررت فى يوم العقد البات) . ويخلص من ذلك انه ليس من الضرورى ان يكون عقد البيع ذاته هو الذى يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النقض انه ليس صحيحا القول بأن اشتراط استرداد العين المبيعة يجب ان يثبت بعقد البيع نفسه والا اعتبر وعدا بالبيع ، فان المادة ٣٣٩ مدنى (سابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وانما هو على خلاف نصوصه يستر رهنا حيازيا (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧ =

البيع ، فان البيع ينعقد باتا ، ويكون الشرط اللاحق اما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذى تنص عليه المادة ٤٢٥ مدنى مختلط اذ تقول « اذا لم يشترط حق الاسترداد فى العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكا الا من يوم اشتراطه هذا الحق » . ولا نظير لهذا النص فى التقنين الوطنى السابق . ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين .

٢ - ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين الوطنى ، وعلى سنتين فى التقنين المختلط . وسنعود الى هذه المسألة فيما بعد .

٨١ - **حقوق كل من المشترى والبائع** : يصبح المشترى ، بعد تسجيل بيع الوفاء اذا كان المبيع عقارا ، مالكا للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقا على هذا الشرط . فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن ، فاذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يطهر العقار مما عليه من الرهون ، ويبقى هذا التصرف نافذا

= وأنظر أيضا ٥ نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٤٥ ص ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ ص ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن اثبات أن عقد البيع قصد به اخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة للنظام هو أمر جائز بكافة الطرق ، سواء صور عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٣ ص ١٦٠٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط على ما جرى به قضاؤها لاعتبار البيع وفائيا ان يثبت شرط استرداد المبيع فى عقد البيع نفسه بل يجوز وروده فى ورقة مستقلة : نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩١ - كما قضت بأن للمتعاقد ان بكافة الطرق - ومنها البينة والقرائن - ان العقد لم يكن بيعا وانما هو - على خلاف نصوصه - يخفى رهنا : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة الاحكام السابقة السنة ١٧ رقم ٢٥٥ ص ١٧٧٠ .

حتى لو تحقق الشرط الفاسخ • وله أن يطلب الأخذ بالشفعة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضا نافذا ولو تحقق الشرط • وله من باب أولى أن يقوم بأعمال الادارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون ايجاره نافذا حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين الى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الايجار اذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم تجاوز مدته ثلاث سنوات (٣٤٥/٤٣١ مدنى سابق) • واذا كان بيع الوفاء صادرا من غير مالك ، فان كان المبيع منقولا ملكه المشترى اذا كان حسن النية بموجب الحيازة، وللمالك الحقيقى أن يستعمل حق الاسترداد • واذا كان المبيع عقارا ، أمكن المشترى أن يملكه بالتقادم الخمسى اذا كان حسن النية ، وللبائع حسن النية اذا استرد المبيع أن يضم حيازة المشترى الى مدة حيازته اذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشترى يعتبر حائزا لحسابه (٢) • أما اذا كان المشترى سيىء النية ، فانه لا يملك المبيع الا بالتقادم الطويل ، سواء كان المبيع عقارا أو منقولا ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فاذا ملك البيع بالتقادم بقى البائع حقه فى الاسترداد •

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف • فاذا تصرف المشترى فى المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية الى البائع بأثر رجعى ، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشترى • ويستطيع البائع أن يتصرف فى ملكيته المعلقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فاذا كان المبيع عقارا وجب التسجيل أو القيد • وللبائع فوق ذلك حق شخصى فى ذمة المشترى ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع فى مواجهته ، حتى لو انتقل الى يد أجنبى •

---

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٦٣٦ — الاستاذ انور سلطان ص ٣٧٥ هامش رقم ١ •

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٦ •

ثانيا ـ عند استعمال حق الاسترداد :

٨٢ ـ من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أى شيء يقع : الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل اليه حق البائع أى خلفه الخاص (١) . ولدائنى البائع ، اذا كان هذا معسرا ، أن يستعملوا حقه باسمه وفقا لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حق الاسترداد ضد المشترى أو ورثته من بعده . ويجوز أيضا استعماله ضد المشترى من المشترى (أى الخلف الخاص) ، الا اذا كان المبيع منقولا وكان المشترى الثانى حسن النية فانه يملك المبيع ملكا باتا ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشترى . أما اذا كان المشترى الثانى يعلم شرط الاسترداد او كان المبيع عقارا ، فانه يجوز للبائع ان يسترد منه المبيع ولا يدفع الا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشترى الاول حتى لو كان هذا الثمن اقل مما اشترى به المشترى الثانى ، ويرجع هذا على البائع له ـ اى على المشترى ـ بالفرق . اما اذا كان الثمن الذى اشترى به المشترى الثانى أقل ، فانه يسترد من البائع الثمن الاكثر ، ولا يرد الفرق الى المشترى لانه نلقى عنه حقوقه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائيا على المشترى من أحد الورثة من مال الورثة جميعا ، ويكون الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد مخولا أصلا للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكيه العين محل الاسترداد اليه . واذن فمتى كان ورثه البائع وفائيا قد باعوا العين الى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشترى وفائيا ، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع ، فان الحكم اذ قبل تدخل المشترى من الورثة منضما الى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٢) وفى القانون الفرنسى للمشترى الزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الاخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤ ـ قارن الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٨ ـ الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٢٥٨) .

بالثمن الذى دفعه له • ويلاحظ أن استرداد البائع من المشترى الثانى يكون بموجب دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق ، اذ يرجع المبيع الى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد • وقد تقدم أن للبائع عدا هـــذا دعوى شخصية قبل المشترى الأول ، وتظهر فائدتها فى حالتين:

١ ـــ اذا كان البائع ليس متأكدا من أن المبيع تحت يد المشـــترى الثانى ، اذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث ، ففى هـــذه الحـــالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشترى الثانى ، وهو لا يعلم أين ذهبت العين ، فخير طريق يسلكه هو أن يســـتعمل حـــق الاسترداد ضـــد المشترى الأول بموجب حقه الشـــخصى فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحا •

٢ ـــ اذا كان المبيع منقولا وقد ملكه المشترى الثانى حسن النيـــة بالحيازة ، فلا يستطيع البائع فى هذه الحالة أن يرفـــع عليـــه دعـــوى الاسترداد ، ولا يبقى له الا الرجوع بتعويض على المشـــترى الأول بموجب حقه الشخصى ، وقد تقـــدم ذكر ذلك •

ويقع الاسترداد على نفس المبيع ، سواء كان ملكا كاملا أو حصة مشاعة أو حصصا مقسومة (م ٣٤٦/٤٣٢ مدنى سابق) • ولكن لهذه القاعدة استثناءات •

١ ـــ فقد يتعدد البائع ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه فى الأصـــل متعددا • فاذا كان البيع بعقد واحد وبثمن واحد ، جـــاز للمشترى أن يطلب من البائعين جميعـــا أن يتفقـــوا فيمـــا بينهم عـــلى استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئا أصلا • ولابد من اتفاق الجميع على الاسترداد ، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشترى على اجابة هذا الطلب الا اذا نزل باقى البائعين الـــذى يريـــد الاسترداد عن حقهم فيه • أما اذا لم يستعمل المشترى حقـــه فى طلب اتفاق البائعين على الاسترداد ، فكل بائع لا يسترد الا نصيبه ، وبذلك

ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ — ١٦٧٠ مدنى فرنسى ، وهى مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

٢ — وقد يتعدد المشترى ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه فى الأصل متعددا . فيستطيع البائع أن يستعمل حقه فى الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١) . أما اذا وقع المبيع كله فى نصيب أحد الورثة ، استعمل البائع حقه فى الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة الى كل المبيع . ويبقى سائر الورثة كل منهم مسئولا بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما اذا تعذر استرداد الشىء المبيع من تحت يد الوارث الذى وقع فى نصيبه كل المبيع بأن كان مثلا منقولا وملكه مشتر ثان حسن النية بالحيازة . وليس للورثة أو للمشترين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشىء المبيع كما فى حالة تعدد البائع ، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حتما (م ٣٤٦/٤٣٢ مدنى سابق وم ١٦٧٢ مدنى فرنسى) .

٣ — وتقضى المادة ٣٤٧ / ٤٣٣ مدنى سابق (أنظر ١٧٦٦ مدنى فرنسى) بأنه اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار ، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها . ذلك أن المشترى وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصة المشاعة التى اشتراها ، أن يشترى حصة الشريك ، فلزم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان الاسترداد لا يقع — بحسب الاصل — الا على المبيع كما هو ، فان الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى (السابق) قد استثنت الحالة التى تكون فيها دعوى الاسترداد « مقامة على ورثة المشترى بالنسبة الى الحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم » . وهذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى الى بعض الورثة يعتبر توجيها الى الباقين . واذا كان البائع عند وفاة المشترى أن يجزىء دعوى الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فان القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الاجراءات موجهة الى جميع الورثة يكون قولا غير سديد (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٤ ص ٥٠٧) .

البائع أن يستردها مع الحصة المشاعة وأن يرد الى المشترى الثمن الذى دفعه للشريك • ولكن المشترى أن يحتفظ بما اشتراه فى طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصة المشاعة التى اشتراها منه فقط • فاذا لم يشتر المشترى وفاء حصة الشريك عند طلب القسمة ، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبى ، فثمن الحصة المشاعة المبيعة وفاء هو الذى يستعمل فيه حق الاسترداد (١) • ويلاحظ أنه اذا كان المشترى وفاء هو الذى طلب القسمة ، فليس له أن يطالب البائع الا باسترداد الحصة التى اشتراها منه ، واذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة تسرى القسمة فى حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصته المبيعة من يد من انتقلت اليه ، وله دعوى شخصية ضد المشترى وفاء كما قدمنا •

٨٣ ــ متى يستعمل حق الاسترداد : الحد الأقصى للمدة التى يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (٢) • فان اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، سرى ما اتفقا عليه • وان اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه الى خمس سنوات (٣) • وان سكتا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٤) • والمدة تحسب

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٦٥٧ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ ـ قارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣٧٨ •

(٢) وفى التقنين المختلط سنتان ، وفى التقنين المدنى الفرنسى خمس سنوات •

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد الذى يظهر من روايته أنه بيع وفائى باستكماله أوضاع البيع الوفائى تسرى عليه الاحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره بيعا تحت شرط أحقية البائع فى الفسخ فى أى وقت أراد ، فاذا عين فى العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد الى خمس سنوات ، وحق الرجوع فى البيع اما أن يكون مطلقا بلا قيد واما أن يكون مقيدا بشرط فاسخ ، وفى جميع هذه الاحوال لا يعرف الا بيع وفائى ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٧٠ •

(٤) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٧ ص ١٦٦ ــ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩) •

بالتقويم الهجرى ، بحسب المتبع فى عهد التقنين المدنى السابق • وتبدأ من وقت البيع (١) ، ولا يحسب يوم البيع ويحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٢)•

وتنص المادة ٣٤٢/٤٢٧ مدنى سابق على أن « الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزة سقوط حق الاسترداد ، ولايجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة » • فاذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه فى الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذى كان معلقا على شرط فاسخ بيعا باتا ، وأصبح المشترى مالكا للمبيع ملكا باتا منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فسحب (٣)، فأصبحت جميع تصرفاته فى البيع باتة •

وعلى العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعى منذ البيع ، وتزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق الشرط •

---

(١) أو من وقت تحقق الشرط الواقف اذا كان بيع الوفاء معلقا أيضا على شرط واقف •

(٢) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ •

(٣) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فاذا كان بيع الوفاء لم يسجل ، ثم أصبح باتا على النحو المشار اليه ، جاز للمشترى رفع دعوى صحة التعاقد • وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان البائع بيعا وفائيا لم يستعمل حقه فى استرداد المبيع فى الميعاد المتفق عليه ، فرفع المشترى - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا البيع بات ، وتبينت المحكمة من بحثها واقعة تخلف شرط الاسترداد أن المهلة المحددة للاسترداد قد انقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط ، فانه يكون لها أن تقضى بصحة التعاقد على اعتبار أن العقد أصبح بيعا باتا ، اذ هذا التحول فى طبيعة العقد يتم حتما بحكم القانون بمجرد تخلف الشرط (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ٢٠٣ ص ٥٥٦) • هذا ولا يوجد ما يمنع ، حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باتا ، من أن يطلب المشترى تسجيله على اعتبار أنه لايزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الاساس •

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد اذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا تجاوز المدة بعد المد هذا الحد . واذا اتفق المتعاقدان فى البداية على مدة معينة ، ثم مداها بعد ذلك ، فان كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وان كان بعد انتهاء المدة الأولى امكن تفسير ذلك على بيع الوفاء أصبح باتا بانتهـــاء المدة الاولى وان المتعاقدان اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحـــدد تحقق الشرط مده هى مقدار ما مد من الاجل (م ٤٢٨ مختلط) (١) ولا يجوز فى جميع الاحوال ان يضر الاتفاق على مد المدة بحقوق الغير (٢) فاذا فرض ان المدة التى حددت اولا هى سنتان ، وفى غضون السنة الاولى رتب المشترى وفاء رهنا على العقار المبيع ، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مده سنة ثالثة ، فان الرهن يصبح باتا بانقضاء السنتين لان الدائن المرتهن كسب حقه معلقا على شرط فاسخ يجب ان يتحقق فى هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتا . اما اذا كسب دائن آخر رهنا على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثانى الممدود هو الذى يسرى ولا يسرى الميعاد الاول (٣) .

---

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٥٤ ـ ويذهب رأى الى أن شرط المـــد يعتبر وعدا من جانب المشترى باعادة بيع المبيـــع للبائع ، ومن ثم لا يكون له اثر رجعى ، ولا يضر بحقوق الغير المكسوبة فى الفترة بين المد والاسترداد (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٥) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للاجل فى عبارات يؤخذ عليها اغراقها فى الاطلاق ، وكانت فى حاجة الى شىء من التقييد . فقضت بان المادة ٣٤٢ مدنى (قديم) وان منعت المحاكم من مـــد الاجـــل المحـــدد من الاسترداد ، فانها لم تحل دون اتفاق المشترى مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كليا بالتنازل عن صـــيرورة البيع باتا نهائيـــا ، أو جزئيا بمد الاجل المحـــدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الاجل المحدد أولا للاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته ، دون أن يؤثر ذلك فى طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائى (نقض مدنى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٥٥ ـ وانظر فى انتقاد هذا الحكم الاستاذ سليمان مرقس ص ٤٣٩) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذى كسب حقا بعـــد الاتفاق على المد (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٩) .

(٣) الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧ .

٨٤ ـ كيف يستعمل حق الاسترداد : فى فرنسا اختلف الرأى فى الفقه . ففريق يذهب الى أن البائع يستعمل حقه فى الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشترى عرضا حقيقيا ، وفريق ثان يذهب الى جواز الاقتصار على العرض الفعلى دون العرض الحقيقى ، وفريق ثالث يذهب الى عدم ضرورة العرض اطلاقا ويكفى اظهار البائع للمشترى استعداده أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بارادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته فى استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأى الأخير يأخذ القضاء فى فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشترى فعلا الثمن والمصروفات ، فان لم يردها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن لم فيخلص للمشترى ملك المبيع باتا ويأمن بذلك مزاحمة دائنى البائع .

أما فى مصر فالقضاء والفقة يذهبان الى الأخذ بهذا الرأى الأخير ، والى أن مجرد اظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) ولكن

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٠ م ١ ص ٣٤٣ ــ ١٩ ابريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧ ـ قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ ـ السنطة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٠٦ ـ جرانمولان فقرة ٢١٢ ـ دى هلتس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ ـ الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٧٨١ ـ ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب الى جانب ابداء الرغبة دفع الثمن فعلا فى الميعاد لوضوح نص المادة ٢٣٨ مدنى المعدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل بعد هذا التعديل للاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ مدنى للقول بغير ذلك ، لان المادة الاخيرة فى الواقع انما وضعت خاصة لبيان ما يجب على البائع دفعه فورا (٢٦ اكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ١٠) . وانظر ايضا فى هذا المعنى الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٠٠ .

واسترداد البائع المبيع اذا كان عقارا يكفى فيه التأشير فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشترى . أما اذا أصبح بيع الوفاء باتا ، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلابد عند الاسترداد من تسجيل جديد ، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر بيعا معلقا على شرط واقف أو وعدا بالبيع (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤) .

يحسن اذا أخذ بهذا الرأى ، التمشى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقا على شرط واقف هو الدفع الفعلى ، فاذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد واصبح البيع باتا لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشترى ملك المبيع فلا يزاحمة فيه دائنو البائع (١) .

٨٥ ـ **الاثار التى تترتب على استعمال حق الاسترداد** : تترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولا ـ ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتنفسخ تصرفات المشترى وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كنت معلقه على شرط واقف فتحقق الشرط أيضا .

ثانيا ـ يصبح البائع مدينا بما يأتى :

١ ـ أصل الثمن . وليس من المحتم أن يكون الثمن الذى يرده البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشترى ، وان كان هذا هو الذى يقع غالبا . ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمنا أكثر أو أقل ، الا أنه فى حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجبا للشك فى أن العقد رهن بربا فاحش . وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشترى قد استغل المبيع مدة البيع الوفائى ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والريع . بل ان اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء انما هو رهن .

٢ ـ المصروفات المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد

---

(١) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦١ ص ٤٤٠ ـ وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ـ وهو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا ـ يتضمن نصا (م ٢/٦٢٢ من المشروع) يقول : « ويجوز للمشترى أن يحدد للبائع ميعادا يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها فى الفقرة السابقة عرضا حقيقيا ، فاذا انقضى الميعاد ولم يقم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٣ ـ ص ١٧٤ فى الهامش) .

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والاخذ بالشفعة والايجار على النحو الذى قدمناه (أنظر آنفا فقرة ٨١) .

المبيع • فيرد البائع للمشترى رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك •

٣ — المصروفات الضرورية التى صرفها المشترى غير ما صرفه فى صيانة المبيع ، وكذلك فى المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلا وما زاد فى قيمة المبيع • ويشترط فى المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يتعمد المشترى تحسين المبيع تحسينا يعجز البائع عن رد مصروفاته ، ففى هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشترى أن يرد الشىء الى أصله وينزع منه مازاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) •

وليس للمشترى حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعا جديدا ، ولكن يستطيع المشترى أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن ان لم يستوف الديون المتقدم ذكرها على الرأى الذى نذهب اليه • وللمشترى على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون •

ثالثا — يصبح المشترى مدينا برد المبيع • ولا يرد الثمرات لأنها فى مقابل الفوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التى بقى فيها بيع الوفاء

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفائيا لا يلزم الا برد المصروفات الضرورية التى صرفها المشترى لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التى تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط الا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التى ينفقها المشترى لاستغلال المبيع وفائيا فلا يلزم بها البائع متى كان انفاقها فى مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) •

واذا وقع نزاع بين البائع والمشترى على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشترى محقا فيه ، كان للبائع أن يعرض المبالغ التى يرى نفسه ملزما بردها عرضا حقيقيا ويودعها خزانة المحكمة ، وله أن يخصم رسم الايداع • وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشترى وفائيا قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانونى ، فان قيام ورثة البائع بخصم رسم الايداع من المبلغ المعروض لا يؤثر فى صحة العرض والايداع (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) •

دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض (١) أو مدينة كأجرة المنزل • واذا نقص المبيع ، فان كان بغيرفعل المشترى لم يلـزم بشىء ولكن للبائع ببداهة ألا يسترد ، وان كان بفعل المشترى فهـو مسئول عنه •

(ب) بيع الوفاء فى عهد التقنين المدنى الجديد

٨٦ ــ بيع الوفاء باطل ــ الاعمال التحضـيرية للتقنين الجـديد وما دار فى لجنة مجلس الشيوخ : قدمنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الجديد تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا » وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذى قدمناه فى عهدالتقنين السابق • ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت الى رأيين (٢) :

(الرأى الأول) ذهب الى حذف هذه النصوص جملة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، اذتبين من العمل أن كثيرا من البيوع الوفائية تستر رهونا عقارية ، حتى أن المشرع فى سـنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفائى اذا ستر رهنا كان العقد باطلا بوصفة بيعا أو رهنا • وقد دلل أصحاب هذا الرأى على صحة ما ذهبـوا اليـه بما يأتى :

١ ــ أن بيع الوفاء لا وجود له الا من الناحية النظرية ، وهـو فى الحقيقة يهدف الى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل • فنظام الرهن بنوعية يغنى عنه ، وبخاصة رهن الحيازة •

٢ ــ أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة فى قانون خمسة الأفدنة ، فيستطيع المرابى عن طريق بيع الوفـاء أن

---

(١) ولا يشترط جنيه بالفعل •

(٢) أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٨ ــ ص ١٧٦ •

يشترى أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها اذا لم يترد البائع ، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن اذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهى لا تزيد على خمسة أفدنة .

٣ - أن بيع الوفاء يدفع صغار الملاك الى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها ، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأبخس الأثمان .

٤ - أن البائع فى البيع الوفائى لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعا باتا ، ويستطيع ذلك فى الرهن .

(والرأى الثانى) ذهب الى الابقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن فى حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفائى يستر رهنا ، لأن المشترى فى بيع الوفاء الحقيقى يطمع بعد انقضاء المدة فى أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع يطمع فى أن يسترد ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صغار الملاك اضطر الى بيع ملكه بيعا نهائيا . ومادام القانون قد وضع الضمانات التى رآها كافية لحفظ الملك لصاحبه اذا رد الثمن ، فلا محل لحذف بيع الوفاء .

وقد قيل من جانب الحكومة فى لجنة مجلس الشيوخ ، تأييدا للرأى الثانى ، انه يجب الابقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة اليه . وفى الامكان ، حماية لصغار الملاك والفلاحين ، الكشف عن البيوع الوفائية الساترة الرهون ومحاربتها ، كما فعل المشرع المصرى فى سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع فى البيع الوفائى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعا نهائيا فمردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيرا عن بيع ماله المرهون مثقلا بالرهن . والقائلون بالغاء البيع الوفائى لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة الى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيما تشريعيا ، وهذا

وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة الا أحد طريقين : اما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى ، واما أن تحـرمه فتنص على ذلك نصـا صريحا .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت فى المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين فى شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه ، لأن عـدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالا للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العـامة .

جاء بعد ذلك فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصـا لما دار فى المسألة من مناقشات ، ما يأتى (١) : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقـد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيـوية فى التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبـدأ سـتارا لرهن ، وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هـذه القيمة . ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضـاء أجـل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فاذا أخلف المستقبل ظنـه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يسـتعاض عنهـا بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكـون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسـائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

٨٧ — ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء : فبيع الوفاء اذن ، فى

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٧ — ١٧٩ .

التقنين المدنى الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٤٦٥ مدنى) ، كما يمكن القول ان البطلان هنا راجع الى أن المشرع قد استحدث تغييرا فى نظرته الى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء — ويقصد به عادة أن كون ساترا لتصرف غير مشروع — أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلا تطبيقا للقواعد العامة فى البطلان (١) .

وأحكام هذا البطلان هى الأحكام التى تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الاجازة (٢) ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر (٣) ، لا فيا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة الى الغير ، وفقا للتفصيلات التى أوردناها عند الكلام فى البطلان فى الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشترى رد المبيع وثمراته الى البائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، وذلك كله طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشترى فورا ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلا بأى حق عينى

---

(١) على ان القول بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضى أن يكون للنص القاضى بالبطلان أثر رجعى ، فيسرى على بيوع الوفاء التى أبرمت قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالاولى اذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وان كانت تمت للمصلحة العامة ، لا تعتبر من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص فى القانون (انظر ما يلى فقرة ٨٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل عن الطعن فى ماهية عقد البيع الوفائى لا يقبل بعد صدور حكم نهائى ببطلانه لاخفائه رهنا ، كما ان هذا التنازل يتضمن اجازة لعقد باطل بطلانا مطلقا ولا يعقد به لان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة لانه معدوم : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٩ ص ٩١٨ — ونقض مدنى فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٩ المجموعة السابقة السنة ٢٠ رقم ٢٤ ص ١٤٤ .

(٣) ولا يمكن حمل بيع الوفاء على انه يستر فى الحقيقة رهنا فتجرى أحكام الرهن ، فالعقد الساتر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أى تصرف آخر ، وقد قصد المشرع ابطال بيع الوفاء اصلا سواء باعتباره بيعا أو رهنا (انظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٦) .

لضمان رد الثمن ، فان بيع الوفاء جعله القانون باطلا باعتباره بيعا أو رهنا • واذا كان قد سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤشر بذلك على هامش التسجيل •

وفى الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، اذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو رهن ، اعتبر التصرف صادرا من غير مالك وجرى عليه حكمه • أما اذا تصرف البائع فى المبيع ، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك • واذا انقضت المدة المحدد للاسترداد ولم يسترد البائع المبيع ، فان ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع (١) • أما اذا استرد

---

(١) وقد يبقى المشترى واضعا يده على المبيع ، كمالك ملكا باتا ، بعد انقضاء مدة الاسترداد • ويستطيع فى هذه الحالة أن يتملك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتى •

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان عقد البيع المتنازع فيه هو فى حقيقته عقد بيع وفائى يستر رهنا فان هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا • ولقد كان حكم القانون فى ظل التشريع الملغى فى شأن مثل هذا العقد انه لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن • ومن ثم لا يكون للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائما ابدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه • أما نص المادة ١٤١ من القانون المدنى القائم الذى يقضى بسقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد فانه نص مستحدث منشىء لحكم جديد لم يكن مقررا فى ظل القانون الملغى ، ومن ثم فان هذا التقادم لا يسرى الا من تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم وليس معنى هذا ان التقادم لا يسرى على العقود الباطلة التى ابرمت فى ظل القانون الملغى وانما هو يسرى عليها ولكن تبدأ مدة التقادم بالنسبة لدعاوى البطلان الخاصة بهذه العقود من تاريخ العمل بالقانون أى من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ وليس من تاريخ ابرامها : نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩١ •

كما قضت محكمة النقض بانه متى كانت الطاعنة قد اقامت دعواها بالبطلان تأسيسا على ان عقد البيع الصادر من مورثها الى المطعون عليه هو فى حقيقته عقد بيع وفاء وانه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وتمسك المطعون عليه امام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضى اكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد ، واذ كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراما للاوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه فى الدعوى على هذا الاساس ، فان النعى عليه بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون فى غير محله : نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٧٨ ص ١٤٧٧) •

البائع المبيع فى المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع الى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول •

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير • على أن المشترى وفاء اذا باع العين لمشتر حسن النية ، ملكها المشترى الثانى فى المنقول بالحيازة ، وامكن ان يملكها فى العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشترى وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه •

٨٨ — تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ :

ولما كان بيع الوفاء ليس الا بيعا معلقا على شرط فاسخ ، وكان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعا باطلا فى التقنين المدنى الجديد ، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتحديد منطقته أمرا بالغ الأهمية ، حتى يختص هو وحده بالبطلان •

ولا صعوبة فى تمييز الشرط الوفائى عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بارادة البائع • ذلك أن الشرط الوفائى هو شرط يتعلق حتما بارادة البائع ، اذ هو يسترد المبيع متى أعلن ارادته فى الاسترداد • فاذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بارادة البائع ، أو متعلقا بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطا وفائيا ، وكان البيع المعلق عليه بيعا صحيحا • مثل ذلك أن يبيع موظف دارا له فى الاسكندرية ، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله الى هذه المدينة اذ يحتاج عند ذلك الى الدار لسكناها ، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن ارادة البائع ويكون صحيحا • واذا باع شخص دارا وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بارادته وبارادة الزوجة ، فلا يكون شرطا وفائيا ويكون البيع المعلق عليه بيعا صحيحا •

ويدق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقا بارادة البائع • فهناك شرط متعلق بارادة البائع وليس شرطا وفائيا فيبقى معه البيع

صحيحا ، وشرط متعلق بارادة البائع وهو شرط وفائى فيبطل معه البيع •

ونرى أن التيميز بين الشرطين يقوم على الاعتبـــار الآتى : فى بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبق فسحة من الـوقت يتروى فيها كما فى البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط (١) ، ففى هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معـه البيع • وفى أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملا أن يسترد المبيع برد الثمن ، ففى هذه الحالة يكون الشرط وفائيا فيبطل ويبطل معه البيع فالشرط الصحيح هو ما كان للتروى ، والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع •

ويمكن أن نتصور ، بعد أصبح بيع الوفاء باطلا ، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين (٢) :

١ — يبيع المالك العين للمشترى بيعا باتا ، ثم يبيع المشترى بعقد جديد نفس العين للبائع معلقا على شرطا واقف هـو ان يسترد الثمـن والمصروفات فى مدة معينة •

٢ — يبيع المالك العين للمشترى بيعا باتا ، ثم يبيع المشترى العين لأجنبى بعقد ثان ، ثم يبيع الأجنبى العين للبائع بعقد ثالث معلقا البيع

---

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعا معلقا على شرط فاسـخ كما سـبق القول ، ولكن الشـرط هنا لا يتعلق بارادة البائع بل بارادة المشترى ، والقول فيه على كل حال للخبراء لا للمشترى فى احدى صورتيه •

(٢) وهناك وسيلتان أخريان لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ اليهمـا ، اذ تقعان مباشرة تحت حظر القانون • الوسيلة الاولى أن يرهن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يتملك العين اذا لم يستوف الدين فى الميعاد ، فيصل بذلك الى النتيجة التى كان يصـل اليها ببيع الوفاء • وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صـريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدنى فى الرهن الرسـمى والمادة ١١٠٨ مدنى فى الرهن الحيازى • والوسيلة الثانية أن يعمد المتعاملان الى اخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائى ، ويحرران بالشرط الوفائى ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات • وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدنى السابق عن هذا التحايل ، وأوردنا أحكاما كثيرة تقضى بأن البيـع فى هذه الحالة يعتبر بيعا وفائيا ، عاصر فيه الشرط الوفائى البيع ولو معاصرة ذهنية •

على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات فى خلال مدة معينة. ونمتاز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيله الأولى فى أنه قد توسط لأجنبى ما بين البائع والمشترى ، فجعل التبهة ابعد (١) . وعندنا انه اذا اشتبه القاضى فى حقيقه البيع هل هو بيع وفائى فيبطلة ، وجب عليه آلا يقف عند تكييف المتبايعين للعقد ، بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الغرض من ذلك هو ضمان رد المبيع الى البائع اذا رد الثمن فاذا لم يرده خلصت ملكية المبيع للمشترى ، فعند ذلك يكون التصرف ساترا لبيع وفاء ويجب عليه الحكم ببطلانه (٢) ومما يعينه على تبين ذلك

---

(١) وهناك صوره يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وان كانت بيعا معلقا على شرط فاسخ ويتحقق الشرط باراده البائع : يشترط البائع على المشترى أن يكون البيع معلقا على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن او بقسط منه فى الميعاد المتفق عليه ، وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بان الثمن فيها مؤجل ، اما الثمن فى بيع الوفاء فيكون عاده معجلا او قريب الاجل . ويكون الفسخ فى هذه الصوره راجعا الى أن البائع لم يستوف الثمن . اما الفسخ فى بيع الوفاء فيرجع الى ان البائع قد استوفى الثمن ثم رده الى المشترى .

وقد يبيع شخص عينا لاخر ، ويعلق البيع على شرط واقف هو الا يوفى البائع دينا عليه للمشترى . فهذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد يخفى رهنا اشترط فيه انتقال الملك فى الرهن الى المرتهن اذا لم يستوف الدين فى الميعاد ، فيكون هذا الشرط باطلا (استئناف مختلط اول ديسمبر سنه ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٦) .

(٢) وقد قضت محكمه النقض بأن الصورية النسبية التى تقوم على اخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للماده ٤١٥ من القانون المدنى . وهذه الصوريه النسبيه لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقه او بتخلف شروط الدعوى البوليصيه كلها او بعضها لاختلافها عنهما اساسا وحكما . فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصوريه عقد البيع صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للاضرار بحقوقه ، واغفل بحث دفاع الخصم بشأن اخفاء الرهن وراء البيع انه دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فان الحكم يكون قاصرا فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٥٥ ص ١٧٧٠ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق من عبارات ورقة الضد الى أن حقيقة العقد بيع وفاء ولا يجوز للمشترية أن تنقض ما هو ثابت بهذه الورقة الا بالدليل الكتابى : نقض مدنى فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٥ .

القرائن التى كانت فى عهد التقنين المدنى السابق تتخذ دليلا على أن العقد رهن لابيع وفاء • وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد — وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا — يتضمن نصا فى هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بما يأتى :

١ — اذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقاريا ، كان العقد باطلا بوصفة بيعا أو رهنا • ٢ — ويعتبر بيع الوفاء ساترا لرهن حيازى اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقى المبيع فى حيازة البائع باية صفة كانت • ويجوز بايه طريقه آخرى اثبات الرهن المستتر ، دون الوقوف عند الألفاظ فى العقد » • (١) ونرى أن نستهدى بهذا المبدأ ، ففى الصورتين قدمناهما ، وفيهما صدر البيع معلقا على شرط واقف الى البائع من المشترى او من أجنبى ، اذا سلم المشترى او الاجنبى المبيع للبائع بالرغم من ان ملكيه هذا البائع لا تزال معلقه على شرط واقف ، أو كان على

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيريه ٤ ص ١٩٠ فى الهامش •

وقد قضت محكمه النقض بان عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى ، انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٥٥ ص ١٧٧٠ •

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى انه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون ان تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم ان يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز اثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع • واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض • واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن عقد البيع سند الدعوى تاريخه •• وكانت الورقة التى استند اليها الحكم فى اثبات شرط الاسترداد مؤرخه فى تاريخ لاحق ، وكان الحكم قد انزل احكام بيع الوفاء على عقد البيع استنادا الى تلك الورقة برغم صدورها فى تاريخ لاحق على العقد دون ان يعنى باستظهار شرط المعاصرة الذهنية التى تربطها بالعقد أو يكشف عن المصدر الذى استقى منه هذه المعاصرة ، فانه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٥ مارس سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ١٣٠ ص ٦٥٢ •

البائع أن يرد الثمن مع الفوائد ، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمنا أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة فى مدة الاسترداد فى البيع الوفائى ، سهل على القاضى أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضى ببطلانه (١) .

٨٩ — **ليس للتقنين الجديد أثر رجعى** : رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصالة من غير تمييز بين بيع جدى وبيع يستر رهنا ، فهذا الحكم الجديد وان كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام العام ، فلا يكون له أثر رجعى . ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعا لأحكام التقنين المدنى السابق المعدل بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلا الا اذا كان بيعا يستر رهنا ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (٢) .

أما بيوع الوفاء التى تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩،

---

(١) وقد يعد المشترى البائع باعادة بيع المبيع له اذا ابدى البائع رغبته فى الشراء فى مدة معينة ، فمثل هذا العقد جائز . وهو يختلف اختلافا جوهريا عن بيع الوفاء ، اذ البائع فيه قد تجرد عن ملكية المبيع تجردا نهائيا ، وليس له الا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع وذلك اذا تصرف المشترى فيه قبل أن يبدى البائع رغبته فى الشراء . اما فى بيع الوفاء فقد استبقى البائع على المبيع حق ملكية معلقا على شرط واقف ، وهو واثق من استرداد المبيع اذا هو استعمل حقه فى الاسترداد .

(٢) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعا لاحكام التقنين المدنى السابق هو بيع وفاء ابرم فى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز فى مثل هذا البيع للبائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر اكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤) . ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل فى حدود هذا التاريخ ، وقد يبقى النزاع سنين طويلة منظورا امام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق احكام التقنين المدنى السابق .

فهذه تخضع لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهنا (١) .

٤ ـ البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن أو الايجار الساتر للبيع *

(vente à tempérament — location-vente)

٩٠ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع » .

« ٢ ـ فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ » .

« ٣ ـ فاذا ما وفيت الأقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستندا الى وقت البيع » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ .

* بعض رسائل حديثة فى الموضوع : هابير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ ـ فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ ـ مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ ـ ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ ـ سجانيك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ ـ يونج (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ ـ ليمستر (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ ـ روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة١٩٣٦ ـ فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ .
(انظر فى هذا بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هامش رقم ١) .

« وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا يوجد مقابل للنص — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٦٤ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٨٧ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدى . وكانت الفقرة الاولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى الثمن كله ، حتى لو تم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الاخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد الا فى بعض فروق لفظية .وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى ، وأصبح رقمه المادة ٤٤٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الاولى الى النص الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد ، لان نص المشروع يوهم أن الملكية لم تنتقل بتاتا من البائع الى المشترى ، مع أن الواقع ان الملكية تنتقل الى المشترى معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدى هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عند الشك » حتى يكون العقد قاطعا فى أن انتقال الملكية يستند دائما الى وقت البيع . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٤٣٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٧ — ص ٤٨ وص ٥٠ — ص ٥١) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٩٨ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى — أنظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ — فقرة ٩٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٣٤ (متفقة مع نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى والاحكام واحدة فى التقنين — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ — فقرة ١٤٣ — والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ — فقرة ٥٩ وفقرة ٣٠٢ — فقرة =

٩١ ــ **تطبيقات عملية** : يقع كثيرا أن يبيع شخص عينا بثمن مقسط، وحتى يستوثق من أن المشترى يوفى الثمن وتحرزا من اعساره يشترط أن يحتفظ بملكية المبيع فلا تنتقل باته الى المشترى حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن • وأكثر ما يقع ذلك فى بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطه والراديوهات والبيانوها والآلات الكاتبة والبرادات (الثلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات • وقد يقع أيضا فى بيع المحلات التجارية والاراضى والدور والفيلات • فيجمع الى أصل الثمن فوائده •ويقسم المجموع أقساطا متساوية على عدد من الشهور أو السنين • اذا وفاها المشترى جميعها خلصت له ملكية المبيع (١) •

= ٣٠٤ • تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التقنين المصرى ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن الاخذ بأحكامه فى لبنان •

التقنين المدنى الكويتى م ٤٦٤ : ١ ــ اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، جاز الاتفاق على ألا تنتقل الملكية الى المشترى الا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع • ٢ ــ فاذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك • (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى • مع ملاحظه ان التقنين الكويتى لم يعرض لجواز الاتفاق على احتفاظ البائع لجزء من الاقساط المدفوعة اذا ما تخلف المشترى عن دفع باقى الاقساط وان كان يمكن أعمال هذا الاتفاق طبقا للقواعد العامه) :

التقنين المدنى الاردنى م ٤٨٧ : ١ ــ يجوز للبائع اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع • ٢ ــ واذا تم استيفاء الثمن ، تعتبر ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع •

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى مع ترك تقدير التعويض الذى يستحقه البائع فى حالة تخلف المشترى عن سداد باقى الثمن للقواعد العامة) •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تجيز المادة أن يشترط البائع ، اذا كان الثمن مؤجلا ، أن يحتفظ بالملكية الى ان يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك • وهذا ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط ــ كالآلات وعربات النقل وكالاراضى التى تباع بأثمان مقسطة ــ فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) =

وأول صورة لهذا البيع كانت هى البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة الى صورة الايجار الساتر للبيع (location-. vente) • وهو الآن فى سبيله الى التدرج نحو صورة ثالثة هى الايجار المقترن بوعد بالبيع (location complétée par une promesse de vente).

ونستعرض هذه الصور الثلاث التى وقف منها التقنين المدنى الجديد عند الصورتين الأوليين ، لأنهما الصورتان ، الأكثر انتشاراً •

٩٢ — **البيع بالتقسيط** : عرضت الفقرات الثلاث الاولى من المادة ٤٣٠ مدنى ، كما رأينا ، لحالة البيع بالتقسيط • فاذا باع تاجر عينا — سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك — بثمن مؤجل واجب الدفع فى ميعاد معين، أو بثمن مقسط أقساطا متساوية على النحو الذى قدمناه ، واشترط البائع على المشترى أن يكون البيع معلقا على شرط واقف هو وفاء المشترى بالثمن المؤجل فى الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعا فى المواعيد المتفق عليها ، فان البيع بهذا الشرط يكون صحيحا • ويجب اعمال الشرط ، حتى لو سلم البائع المبيع للمشترى قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أى قسط من أقساطه •

وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف الى المشترى ، ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ (١) •

= وانظر فى الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية لهذا البيع ، وفى انتشاره فى أمريكا ، وفى أنه يهيىء السبيل لذوى الموارد المحددة الى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فورا ، ولكنه يخلق فى الوقت ذاته حاجات جديدة للناس ، ويدفع التاجر الى رفع سعر السلعة حتى يواجه احتمال اعسار المشترى وبخاصة فى أوقات الانكماش الاقتصادى : جوسران ٢ فقرة ١٠٢٢ — فقرة ١٠٢٣ •

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservatidomini-pactum reservati 'domini)

انظر استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٥ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ ص ٢٠٠ — ٥ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٢ — وقد يشترط البائع — دون أن يحتفظ بملكية المبيع — الا يتصرف المشترى فى البيع قبل الوفاء بثمنه ، ما لم يوف المشترى من المشترى بالثمن (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨) •

وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد ، هو أن يوفى المشترى بالثمن أو بأقساطه فى الميعاد المحدد . فاذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية باته بأثر رجعى الى المشترى ، وتحقق فى الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى أيضا (١) . ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو صور معكوسة لبيع الوفاء ، اذ فى بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشترى مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشترى ، كما قدمنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذى انتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت اليه بالبيع موقوفة . ولكن ذلك لا يمنع المشترى من أن يتصرف فى هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضا معلقا على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف فى المبيع بالبيع والرهن ، ويكون المشترى من المشترى مالكا

---

(١) ويلاحظ ان البيع لو كان باتا غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشترى عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التى نحن بصددها فى أمرين : (أ) الملكية فى البيع البات تنتقل الى المشترى ملكية باته ، أما فى البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل الا معلقة على هذا الشرط . (ب) ثم ان الملكية الباتة التى انتقلت الى المشترى فى البيع البات لا تنفسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشترى بالثمن ، بل لابد من حكم بالفسخ ، والقاضى غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشترى مهلة لدفع الثمن وفقا للقواعد المقررة فى فسخ العقد . أما فى البيع المعلق على شرط واقف فمجرد تأخر المشترى فى الوفاء بالثمن يعتبر تخلفا للشرط ، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة الى حكم وفقا للقواعد المقررة فى الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلا من تعليقه على شرط واقف ، يكون معلقا على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فتنتقل الملكية الى المشترى معلقة على شرط فاسخ ، واذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعى دون حاجة الى حكم . وهذه الصورة الاخيرة - وهى التى قلنا انها تشتبه ببيع الوفاء فيما قدمناه (انظر آنفا فقرة ٨٨ فى الهامش) - تختلف عن البيع البات القابل للفسخ فى أن انفساخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفى البيع البات يكون الفسخ بحكم ، وفى أن الذى ينتقل الى المشترى فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفى البيع البات تنتقل الى المشترى ملكية باته .

تحت شرط واقف ، تماما كالدائن المرتهن حق رهن معلق على شرط واقف • وإذا كان المبيع منقولا — كما هو الغالب — وتصرف فيه المشترى تصرفا باتا لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشترى من المشترى تملكا باتــا بموجب الحيــازة (١) • ولا يعتبر المشترى فى هذه الحالة مبددا ، فالتبديد يقتضى قيام عقــد معين — الايجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن — وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود (٢) • ولو أفلس المشترى ، والشرط لا يزال معلقا ، كان الباقى من الثمن دينا فى التفليسة يزاحم فيه البائع ســائر دائنى المشترى اذ لا يكون امتياز البائع ساريا فى حق التفليسة ولا يســتطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة (٣) • فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهى البائع : عدم اعتبار المشترى مبددا اذا تصرف فى المبيع ، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عينا من التفليسة •

وإذا تحقق الشرط ، ووفى المشترى بالثمن ، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية ، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى •

---

(١) استئناف مختلط ١٢ ابريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ •

(٢) بلانيــول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ — نقض فرنسى جنائى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٦ - ١ - ٣٩ - أول يونيه ســنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٣٦ •

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، فى مصر ، قضت بأنه يحظر على المشترى ، بدون اذن ســابق من البائع ، أن يتصرف بأى نوع من أنواع التصرفات فى السلعة موضــوع التقســيط قبل الوفاء بثمنها • ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون على العقوبة ، وهى الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التى لا تجاوز مائة جنيه أو احدى هاتين العقوبتين • فهذا القانون قد خلق اذن جريمة جديدة هى جريمة التصرف فى الشىء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولكن هذه الجريمة لا تكــون الا فى البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكــون حرفة البائع هى البيع بالتقســيط (انظر الاستاذ اسماعيل غانم ص ٧٤ - ٧٥) •

(٣) انظر المادة ٣٥٤ من التقنين التجــارى — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦١ - ٦٢ وفقرة ١٨١ - بلانيــول وريبير وهــامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٢٨ — فقرة ٣٠ •

أما اذا تخلف الشرط ، وتأخر المشترى عن دفع الثمن ، فـان ملكيـة المشترى التى كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعى لعدم تحقق الشرط (١) ، وتعود الملكية باتة الى البائع منذ البداية اذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن • ولا يحتاج البائع فى ذلك الى حكم بزوال البيـع ، فـان تخلف الشرط الواقف وحده كاف فى ذلك وفقـا للقـواعد المقـررة فى الشرط (٢) • وللبائع فى هذه الحالة أن يطالب المشترى بتعـويض ،

---

(١) زوال ملكيـة المشـترى لعدم تحقق الشرط الواقف هو التعبير الصحيح ، والتعبير فى هذا المقـام بلفظ « الزوال » أدق من التعبير بلفظ « الفسخ » الذى ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدنى •

(٢) على انه من الممكن القول بأن البـائع بالخيار ، فاما ان يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلف فزال البيع كمـا قدمنا ، واما ان ينفذ على أموال المشترى بالباقى من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع • وامكان اختياره للتنفيذ بباقى الثمن يؤسس على انه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه • وقد يقال أيضـا ان للبائع أن يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعا الى تعمد المشترى فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط فى حكم المتحقق ويصـبح البيع باتا ويجوز للبـائع ان ينفذ الباقى من الثمن •

وتصرح المذكرة الايضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بفسخه (الادق : بدلا من المطالبة بزواله) فتقول : « وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشترى مابقى فى ذمته من الاقساط » • (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) • والفقه المصرى أيضا يقول بذلك : أنظر الاسـتاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ ــ الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص ١٣٠ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦١ ص ٨٩ ــ الاسـتاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢١ ــ الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٤٧ •

وعلى هذا الرأى أيضا سار القضاء • فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استيفاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦ ــ ولكن قارن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢) • واذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من اقساط ولكن له أن يطلب تعويضا يراعى فيه قيمة الشىء وقت استرداده (اسـتئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الاشـارة اليه) ، فاذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه فى استبقاء الملكية (اسـتئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦) • على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقى من الثمن لا يفيد حتما نزوله عن شرط اسـتبقاء الملكيـة (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ ــ ٢٧ ديسمبر سنة =

ويغلب أن يكون قد اشترط فى عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التى يكون قد استوفاها • ويعتبر هـذا الشرط شرطا جزائيا تسرى عليه أحكام الشرط الجزائى ، وأهم هذه الأحكام — وهو ما تشير اليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدنى — أنـه يجـوز للقاضى تخفيضه اذا كان مبالغا فيه • ويكون مبالغا فيه اذا كان المشترى قد وفى عددا كبيرا من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بهـا يزيد كثيرا على الضرر الذى لحقه من جراء عـدم اسـتيفائه البـاقى من الثمن (١) • ففى هذه الحالة يحكم للقاضى بارجاع بعض هذه الأقساط الى المشترى ، ويحتفظ البائع من الأقساط التى اسـتوفاها بما يكفى لتعويضه (٢) •

= ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥) . فاذا اختار تنفيذ الحكم بالباقى من الثمن لم يجز له الرجوع الى المطالبة بفسـخ البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦) • ولا يجوز له اتخـاذ اجراءات التنفيذ واجراءات الفسخ فى وقت واحد (اسـتئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠) • ولكن التنبيـه لا يعتبر حتما نزولا عن طلب الفسخ ، فللبائع العدول عن التنبيه بالدفع الى طلب الفسخ (استئناف ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠) أما توقيع الحجز فيعتبر نزولا عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبقت الاشارة اليه) .

أما فى فرنسا فيجيز القضاء والفقه ، فى الايجار الساتر للبيع ، أن يعدل المستأجر عن الصفقة ، فيرد الشىء الى المؤجر ، ويعتبر الاقساط التى دفعها أجرة فى مقابل انتفاعه بالشىء ، ولا يستطيع المؤجر اجبـاره على المضى فى الصفقة ودفع بقية الاقسـاط ليتحول الايجـار بيعا (نقض مدنى فرنسى أول يولية سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٣٦١ — انسـيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٧) •

(١) ويبدو أنه مادام التخفيض جائزا تبعا لجسامة الضرر ، فان وجود الضرر نفسه يكون شرطا لاستحقاق البائع أى جزء من الاقساط المرفوعة ، فان لم يصبه أى ضرر وجب عليه رد كل الاقساط (قارن الاستاذ سـليمان مرقص فقرة ٤٤ ص ٦٩ — ص ٧٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٠) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيـدى فى هـذا الصدد : « وتجيز المادة أن يشترط البائع ، فى حالة عدم سداد الاقسـاط وفسخ البيع تبعا لذلك ، أن يستبقى الاقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن) على سبيل التعويض • الا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى ، وأجاز تخفيضه تطبيقا للقواعد التى قررت فى هذا الشـأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التعسف الذى يقع فى هذه الأحوال . فقد =

٩٣ — **الايجار الساتر للبيع** : وحتى يتجنب البائع المحظورين اللذين أشرنا اليهما — عدم اعتبار المشترى مبددا اذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تفليسة المشترى — يعمد فى كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الايجار ، فيسمى البيع ايجارا . وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى بمجرد العقد ، حتى هذه الملكية المعلقة على شرط واقف والتى كانت هى المانعة من اعتبار المشترى مبددا ومن استرداد البائع للمبيع من التفليسة . فيصف المتعاقدان العقد بأنه ايجارا ، ويصفان أقساط الثمن بأنها هى الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه اذا وفى المشترى بهذه الأقساط انقلب الايجار بيعا وانتقلت ملكية المبيع باتة الى المشترى . وحتى يحكما ستر البائع يتفقان فى بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فتكون الأقساط التى يدفعها المشترى هى أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فاذا وفاها جميعا ووفى فوق ذلك مبلغا اضافيا بمثل الثمن انقلب الايجار بيعا باتا .

ويحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه :

١ — فهو أولا وصف البيع بأنه ايجار ، وسلم العين للمشترى على اعتبار أنه مستأجر ، فاذا تصرف المشترى فيها وهو لا يزال مستأجرا أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبديد ومن ضمن عقودها الايجار .

٢ — وهو ثانيا قد أمن شر أفلاس المشترى ، اذ لو أفلس وهو

= يحدث ان البائع يكون قد استوفى اكثر الاقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الاقساط التى استوفاها ، وفى هذا عنت على المشترى يستطيع القاضى ان يدفعه اذا خفض الشرط الجزائى وقضى بأن يرد للبائع بعض هذه الاقساط . وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشترى ما بقى فى ذمته من الاقساط » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) .

لا يزال مستأجرا ، فان البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية باتة ، فيستطيع أن يسترده من تفليسة المشترى (١) •

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الايجار يستران به البيع ، فان الغرض الذى يرميان الى تحقيقه واضح • فقد قصدا أن يكون الايجار عقدا صوريا يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الاضافى الذى جعله المتعاقدان ثمنا ليس الا ثمنا رمزيا والثمن الحقيقى انما هو هذه الأقساط التى يسميانها أجرة • ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد « ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا » (٢) • ويترتب على ذلك أن

---

(١) أما اذا هلك الشيء بسبب أجنبى فى يد المشترى ، فانه يهلك من مال البائع • ويستوى فى ذلك أن يعتبر العقد ايجارا اذ البائع يكون مؤجرا فهو المالك للشيء فيهلك عليه ، أو يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف اذ الهلاك وفقا للقواعد المقررة فى الشرط (قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ١٥٤ فى هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقق الشرط الواقف أثر رجعى وفقا للقواعد المقررة فى الشرط (قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الاستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٩١ ص ١٢٩) •

ويلاحظ أنه اذا كان البيع معلقا على شرط واقف وهلك المبيع ، فانه يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع الى المشترى فهلك بعد التسليم • ويتحقق ذلك فى صورتين عمليتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط •

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الواقع فى الدعوى هو ان الطاعن الاول أجر الى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة الى المستأجرين بعد دفع كل الاقساط - عقد اجارة المبيع - وكان الحكم المطعون فيه ان حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد اقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من انه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها وقت ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه ، كان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا الى ما انتهى اليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير أساس : نقض مدنى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ٤٢ ص ٩٧٤ •

(٢) الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص ١٢٩ وفقرة ١٧ ص ٢٧ - الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٥٠ ص ١٣١ - ص ١٣٢ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ وفقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ •

الايجار الساتر للبيع يعتبر بيعا محضا ، وتسرى عليـه أحكام البيع بالتقسيط التى تقدم ذكرها (١) • وأهمها أن تنتقل ملكيـــة المبيع الى

---

(١) وقد حسم التقنين المدنى الجديد كما نرى الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح • فقد كانت مسألة خلافية فى عهد التقنين السابق • فذهب رأى الى أن العقد ايجار مقترن بشرط فاسخ ومصـــحوب ببيع معلق على شرط واقف (استئناف مختلط ٣٠ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ ـ ٢٦ ابريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ ـ وانظر فى انتقاد هذا الرأى الاستاذ منصـور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ ـ ص ٢٣) • وذهب رأى الى اعتبار العقد مركبا يهدف الى غرضين مختلفين فى وقت واحد ، نقل الملكية الى المشترى وتأمين البائع من اعساره ، ولا يمكن الفصل مابين الغرضين دون أن تشوه ارادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقدا غير مسمى (رسالة الاســتاذ الشيتى فقرة ٦٥ ص ٨٦) • وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا ايجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ ـ ١٨ ديســـمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ ـ ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ ـ ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ ـ ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ ـ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ ـ ٢ ابريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ ـ ١٤ ديسمبر ســـنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤) • ويجب أن يكون العقد واضحا فى أنه بيع مع احتفاظ البـــائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن ، فلا يتضمن شروطا متعارضة (استئناف مختلط ٢٩ ابريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩ ـ ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ ـ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقى من الاقساط اذا تأخر المشترى فى دفع قسط (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبقت الاشـــارة اليه) • ولا يجوز للبائع ، اذا تأخر المشترى فى الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضـــاء ولو كان ذلك مشـــترطا فى العقد وان يحتفظ فى الوقت ذاته بالاقساط المدفوعة (اســـتئناف مختلط ٢٢ ديســـمبر ســـنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢) • واذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من ان تصـــبح هذه الآلة عقارا بالتخصيص فى أرض المشـــترى (اســـتئناف مختلط ١٨ ديســـمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) • وللبائع المحتفظ بملكية المبيع ، اذا تأخر المشترى فى دفع الاقساط ، ان يحجز على المبيع حجزا اســـتحقاقيا (saisie-revendication) (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦) •

وذهبت محكمة النقض الى أن تكييف العقد هل هو بيع أو ايجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصـــد مستهدية بنصوص العقد • فقضت بأن التكييف القانونى للعقود المصطلح على تسميتها فى فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء ، فاذا اعتبر قاضى الموضوع عقد من هذا القبيل عقد بيع ، مستهديا فى ذلك بنصوص العقد ومستظهرا منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد =

المشترى معلقة على شرط واقف منذ ابرام العقد . وانتقال الملكيـة الى المشترى على هذا النحو يترتب عليه أنه اذا تصرف المشترى فى المبيـع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبددا ، وأنه اذا أفلس المشـترى (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة (٢) .

= بحيث لم يقع منه تحيف لاى نص من نصوصه ولا منح لحكم من احكامه ،بل كل ما فعل انما هو تغليب لمعنى من المعانى الواردة به على معنى آخر ، فان محكمة النقض لا تستطيع سوى اقرار ما ذهبت اليه (نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦) .

(١) لكن اذا حجز دائنو المشترى على العين ، فان البائع يستطيع أن يفسخ البيع ، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائنى المشترى . أما اذا اعتبر البائع مؤجرا ، فانه يبقى مالكا للعين ، ويكون الحجز الموقع من دائنى المستأجر حجزا باطلا (انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٣ — فقرة ٣٤) . فاذا كان دائن المشترى هو مؤجر المكان الذى وضـعت فيه العيـن ، فان لـه امتيـازا يسبق امتيـاز البـائع ولـو اعتبر هذا البائع مؤجرا ، اذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المنقولات فى العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المنقولات ملكا للغير مادام المؤجر حسن النية (انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٥) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد حسم المشروع اشكالا بايراده هذا النص ، فقد جرت العـادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان ايجارا امعانا من البائع فى ضمان حقه ، اذ هو بذلك يستوفى الاقساط أجرة لا ثمنا ، واذا ما تصرف المشـترى فى المبيع عد هذا منه تبديدا . فاقر المشروع الامور فى نصابها ، وسمى الاشـياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا ايجار ، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الاقساط جميعها ، فاذا ما سـددت انتقلت الملكية الى المشترى منسحبة الى وقت البيع » (مجموعة الاعمال التحضـيرية ٤ ص ٤٩ — ص ٥٠) .

اما فى فرنسا — حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد مقتبسا اياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الالمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الايطـالى (انظر المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضـيرية ٤ ص ٤٩) — فيعتبر الايجار الساتر للبيع ايجارا فيما بين المتعاقدين فيكون المشترى مبددا اذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولكنه بالنسبة الى دائنى المشـترى يعتبر بيعا فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشترى (انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٥ — فقرة ٢٤٣٦ — انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٠ — فقرة ٣٥) .

واذا كان ايجار السيارة يستر بيعا ، ووقع حادث لتلك السيارة وهى مؤمن عليها ، فنفرق بين امرين :

(أولهما) اذا نجم عن الحادث الحاق بعض الاضرار بها ، ففى هذه الحالة تكون قيمة اصلاح الاضرار من حق السائق المؤجر المؤمن له والذى تصدر وثيقة التأمين باسمه ويتولى سداد اقساط التأمين ، تأسيسا على أنه هو المستغل للسيارة ومن حقه ان تظل السيارة فى حالة صالحة للاستعمال والاستغلال .

(وثانيهما) اذا نجم عن الحادث هلاك السيارة هلاكا كليا ، ففى هذه الحالة يكون للشركة البائعة والمؤجرة التى احتفظت بملكية السيارة لحين سداد كامل ثمنها ، الحق فى قبض مقابل التأمين (١) .

٩٤ ــ الايجار المقترن بوعد بالبيع : وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلا فى عقد الايجار ، فيصدر العقد على أنه ايجار محض ، ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر اذا أبدى المستأجر رغبته فى الشراء خلال مدة الايجار . ونرى فى هذه الحالة التمييز بين فرضين .

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان يريدان فى الحقيقة بيعا بالتقسيط منذ البداية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقا على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار فى مواعيدها ، وأن يجعل الثمن فى حالة ظهور رغبة المستأجر فى الشراء هو أقساط الايجار وقد يضاف اليها مبلغ رمزى . ففى هذا الفرض يكون العقد بيعا بالتقسيط لا ايجارا ، ويعتبر المشترى مالكا تحت شرط واقف ، فلا يكون مبددا اذا هو تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تفليسه المشترى (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٧ صفحة ١٤٢٤ .

(٢) انظر عكس ذلك فى فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦١ . ولكن انظر فى ان العقد قد يكون بيعا معلقا على شرط فاسخ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ ــ وقد صدرت فى فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضا من هذه البيوع : انظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ فى تنظيم بيع السيارات بالتقسيط .وقد جعلت احكامه تسرى على بيع الجرارات =

(الفرض الثانى) أن يعقد المتعاقدان ايجارا جديا يقترن به وعد بالبيع • فيؤجر المالك دارا أو سيارة لآخر مدة معينة بأجـرة تدفـع أقساطا ، ويعد المالك المستأجر فى عقد الايجار بأن يبيع منـه الدار أو السيارة اذا هو أبدى رغبته فى شرائها فى خلال مدة الايجار • ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (١) ، وتكون الأقساط التى يدفعها المستأجـر هى أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن • ففى هذا الفرض يكون العقد ايجارا لا بيعا بالتقسيط ، فلا تنتقل الملكية الى المستأجر ، واذا تصرف المستأجر فى السيارة التى استأجرها كان مبددا ، واذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسته • فاذا ما أظهر المستأجر رغبته فى شراء العين ، انتهى عقد الايجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية الى المشترى من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعى الى وقت الايجار • وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة ، وحل محله التزام المشترى بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن مضمونا بحق امتياز على المبيع •

٥ — البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire de command — avec command — avec déclaration élection d'ami)

٩٥ — الصور العملية لهذا البيع : يقع فى العمل أن شـخصا يريد

= الزراعية بموجب قانون ٢نوفمبر سنة ١٩٤١ .وانظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ فى تنظيم بيع الاوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسـمبر سـنة ١٩٢٦ فى تحريم بيع الاوراق المالية ذات « اليانصيب » location àlots بالتقسيط لما تنطوى عليه عادة من استغلال للمشترى ، وجعلت العقوبة فى هذا القانون هى عقوبة النصب — وقارن فى مصر القانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٥٧ فى شأن بعض البيوع التجارية ، وقد خلق جريمة جديدة هى جريمة التصـرف فى الشىء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن (انظر آنفـا فقرة ٩٢ فى الهـامش) •

أنظر فى بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشـتراك (vente par abonnement) كالاشـتراك فى الجـرائد والمجـلات والمياه والغاز والنور ، بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٨ •

(١) الاسـتاذ محمـد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧ ص ٢٦ — ص ٢٨ •

شراء شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشتريا ، اما لعدم رغبته فى ذيوع الخبر لسبب خاص به ، واما لخشيته من أن البائع اذا علم أنه هو المشترى يطلب ثمنا عاليا لعلمه أنه رجل ثرى ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ، لاتمام هذه الصفقة • فيعمد من يرغب فى الشراء الى اخفاء اسمه ، ويكلف صديقا أو وسيطا أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير • ولا تتسع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ، اذ لو أن الوسيط تقدم وكيلا عن المشترى لانكشف اسم الموكل ، والموكل يريد كتمان اسمه كما قدمنا • كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار prête - nom ، اذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصى كوسيط مسخر ، لوقع العقد له هو ، ولاحتاج فى نقل ملكية الشيء لمن وسطه فى الشراء الى عقد بيع جديد برسوم جديدة ، ولانتقلت الملكية الى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية والتكاليف الآتية من جانب الوسيط • لم يبق اذن الا أن يشترى الوسيط الشيء باسمه مع احتفاظه بالحق فى أن يقرر فى مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن اسمه ، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط نائبا عنه فى الشراء (١) • فاذا لم يعلن الوسيط اسم أحد فى المدة المعينة ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من يعير اسمه ليس الا وكيلا عمن اعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا ان يستأثر لنفسه بشيء وكل فى ان يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من ناحية ان وكالته مستترة — وهو يقتضى ان تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له ان يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فاذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للاصيل فيما بينه وبين وكيله وان كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير ويرجع ذلك الى انه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فانها ملكية صورية بالنسبة للاصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الامر بينهما — وينتج عن هذا ان الاصيل لا يحتاج — لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه — الى صدور تصرف جديد بين الوكيل ينقل به الملكية اليه ، اذ يعتبر الاصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى أى =

بقى البيع باسمه واعتبر آصيلا فى الشراء لا نائبا .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى . منها أن شخصا يعلم بحاجة شخص آخر الى شراء شىء معين، ولا يتسع الوقت أو لا تواتى الظروف أن يطلب اليه تفويضا فى شرائه ، فيقدم على شراء الشىء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فان قبلها قرر المشترى انه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، والا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع ايضا ألا يكون عند المشترى فكرة واضحة عن شخص آخر يشترى له الصفقة ، فيشترى الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير . ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذى يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير فى استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيرا صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتى تفصيلها فيما يلى :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

١ ـ أن يحتفظ المشترى عند الشراء ـ لا بعده ـ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .

= اجراء وانما يلزم ذلك الاجراء فى علاقة الاصيل بالغير : نقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ صفحة ١٠٧٣ .

(١) فيقرر أنه يشترى لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشترى لنفسه ولغيره وهذا لا يلزمه بأن يستبقى لنفسه جزءا من الصفقة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠) .

ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التى نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان محصل دفاع الطاعنه أن « والدها انما كان يشترى لحساب والدتها وهو ما أفصح عنه بموجب الاقرار اللاحق ، ولذلك فقد انصرفت آثار العقد من البائعة الى والدتها مباشرة ، فان التكييف القانونى لهذا الدفاع هو ان العقد لم يكن بيعا نهائيا لوالدها ، بل =

٢ - أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى فى خلالها اسم من اشترى له الصفقه ، فان لم يفعل بقيت الصفقه له . وتكون هذه المده فى العادة مدة قصيره ، حتى لا يبقى البائع معلقا مده طويله لا يدرى أباع للوسيط ام باع لغيره (١) .

ويجوز ان يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير فى أى بيع ، سواء كان بيعا بالممارسه او بيعا بالمزاد (٢) . ولم يرد فيه نص فى التقنين المدنى المصرى ، ولا فى التقنين المدنى الفرنسى (٣) ، وفى مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٤) ، فننظر فى حكمه قبل

= يخوله حق اختيار الغير . ولما كان يشترط لاعمال اثار هذا النوع من البيع ان يذكر شرط اختيار الغير فى العقد ، حتى اذا افصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر مباشره وانصرفت اليه اثار العقد دون حاجه الى بيع جديد له من المشترى الظاهر واذ كان الثابت فى الدعوى ان عقد البيع قد خلا من هذا الشرط ، فان والد الطاعنه يكون هو المشترى الحقيقى :

نقض مدنى فى يناير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٦ ص ١٤٨ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ .

(٢) بل ان هذا الضرب من التعامل بدأ فى العقود بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك الى العقود بالممارسه (كولان وكابيتان ٢ فقرة بالمزاد امام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك الى العقود بالممارسة (.كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لايجوز الا فى البيوع القضائية (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٥) . ولكنه يجوز فى كل البيوع ، الاختيارية والجبرية ، غير القضائية والقضائية (الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر فى أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار اليه انما يمنع التقرير بالشراء عن الغير فى البيوع غير القضائية اذا لم يوجد شرط بذلك فى البيع الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٥٠ هامش رقم ٣) .

(٣) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صدرت اثناء الثورة الفرنسية ذكرت هذا البيع . وكان معروفا فى القانون الفرنسى القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمته تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء فى فرنسا (بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٢) .

(٤) فيما عدا الصورة الخاصة التى عرض لها تقنين المرافعات فى المادة ٤٤٤ وسيأتى ذكرها - وأنظر فى جواز التعامل بهذا البيع فى مصر جرانمولان فقرة ٢٢٢ - الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٠٠ ص ٥٥١ .

التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وما هى الآثار التى تترتب عليه اذا وقع أو اذا لم يقع •

٩٦ — حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير : ينعقد البيع صحيحا بالشرط المتقدم الذكر • وقبل أن يستعمل المشترى حقه فى التقرير بالشراء عن الغير واعلان اسم هذا الغير ، وفى خلال المدة التى عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفا بالخصوصية الآتية : المشترى للصفقة قد يكون هو الذى تقدم للشراء وقد يكون شخصا آخر سيعلنه هذا المشترى فى الميعاد المحدد • فالمشترى اذن شخص تخييرى (١) ، اذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام الى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظا بهذا الحق ، فيكون اما هو ذاته أو يكون شخصا آخر يعلن اسمه فى خلال المدة المتفق عليها •

وليس من تقدم للشراء مجبرا ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حق احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٢) • وهو فى هذا ليس فى حاجة الى أن يتقدم بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه ، بل يكفى أن يدع الميعاد المحدد ينقضى دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر ، فيكون هو المشترى على وجه بات (٣) •

---

(١) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ •

(٢) من أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلا عاديا ، لان الوكيل لا يستطيع ان يحتفظ بالصفقة لنفسه ، اذ هى تقع مباشرة لموكله • بل ليس ضروريا لمن تقدم للشراء ، اذا أراد أن يكون وكيلا ، ان تكون الوكالة قد صدرت اليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادى (بودرى وسينيا فقرة ١٧٥) •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير =

ويجوز له أن يتصرف فى المبيع ، فيبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك ، ويحمل تصرفه فى هذه الحالة على أنه قرر ضمنا أن يستبقى الصفقة لنفسه ، لأنه لا يفعل ذلك الا اذا كان مالكا للمبيع (١) . ولكن أعمال الادارة - كأن يرمم المبيع أو يؤجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه ، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق فى التقرير بالشراء عن الغير ، لأن القيام بأعمال الادارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢) .

= غير جار على اطلاقه . فان بين احكام الوكالة والاحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ، فاستناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الاول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار او اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الاول - وهو اهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - الى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير ، الا ان ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق ، أو أعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الاثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٠١ سنة ١٧ قضائية ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن ، قاعدة ١٤٨ صفحة ٣٦٩ .

كما قضت محكمة النقض بأن اقرار المشترى الظاهر فى تاريخ لاحق لعقد البيع بانه لم يكن فى هذا العقد الا اسما مستعارا لغيره وان كان يصلح للاحتجاج بما حواه على المقر نفسه وعلى ورثته بوصفهم خلفا عاما له فى كسب المشترى المستتر للحقوق الناشئة عن العقد واسنادها اليه مباشرة دون حاجة الى تصرف جديد ، على افتراض ان معير الاسم هو فى حكم الوكيل عنه ، الا انه يشترط لاعمال هذا الحكم ان يتفق فى العقد على حق المشترى فى اختيار الغير ، فاذا لم يتفق على ذلك ، أو اذا لم يعمل المشترى حقه فيه أو اعمله بعدالميعاد المتفق عليه مع البائع ، فان الافتراض يزول ، وتزول معه كل الاثار المترتبة على الوكالة : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٤ ص ٧٣ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش رقم ٤ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٦ ص ٥٤٦ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٤ .

٩٧ ــ **كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير** : فاذا لم يرد المشترى أن يستبقى الصفقة لنفسه ، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذى اشترى له الصفقة . وليس لهذا التقرير شكل خاص (١) ، فيكفى أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الاخطار منه وفقا للقواعد العامة ، فاذا كان الثمن يزيد على عشرين جنيها وجب الاثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن اذن أن يكون الاخطار بالكتابة ، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشترى وسيلة قوية للاثبات (٢) .

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير فى الميعاد المتفق عليه . فاذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل الى علم البائع تقرير من المشترى ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائيا للمشترى ، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشترى وله جميع حقوقه ، حتى اذا أعلن المشترى اسم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت المحكمة استخلصت استخلاصا سائغا من عبارة عقد شراء ارض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها ان مشترى الارض التى اقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته اذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الاقباط الارثوذكس وراعى كنيستها ، ولم يكن قصده من شرائها منصرفا الى اضافتها الى ملكة ، بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها ، وبذلك لاتكون ملكية الارض قد دخلت ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة الى الطائفة التى يراسها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون : نقض مدنى فى ١٨ مايو ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١٨ سنة ١٨ قضائية ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ١٤٦ صفحة ٣٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه لا مانع من ان يعتمد الحكم فى البحث عن حقيقة عقد البيع محل الدعوى على اقرار وقعه المشترى فى تاريخ لاحق يدل على ان المشترى لم يكن فى هذا العقد الا اسما مستعارا : نقض مدنى فى ٢٠ ابريل ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٢١ سنة ١٨ قضائية ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٤٩ صفحة ٣٦٩ .

شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الاعلان منه بيعا جديدا اذا قبله الشخص الآخر (١) •

واذا أعلن المشترى اسم الشخص الذى اشترى له فى الميعاد ، فاذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشترى على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر • واذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحل المشترى دون قبول منه ، لذلك يجوز للبائع بعد أن يصله تقرير المشترى بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشترى اثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولا سابقا أو قبولا لاحقا • فاذا لم يستطع المشترى اثبات ذلك ، فان تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثرا ، وتقع الصفقة له هو لا للغير (٢) •

واذا قرر المشترى أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذى تم • فان اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعا جديدا صدرا من المشترى للغير اذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنتقل الملكية فيه من المشترى الى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشترى (٣) •

وقد يعلن المشترى ، لا شخصا واحدا تقع له الصفقة ، بل شخصين

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٧ •

(٢) واذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الاهلية ، ولم تلحق الاجازة قبوله فابطل ، وقعت الصفقة للمشترى الظاهر ، وهناك رأى مرجوح يذهب الى أن البيع نفسه يبطل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) •

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ •

أو أكثر ، فتقع الصفقة لهؤلاء الاشخاص المتعددين (١) • وقد يستبقى جزءا من الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقى من الصفقة (٢) •

٩٨ ـ حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير : فاذا قرر المشترى أنه اشترى للغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو المشترى مباشرة من البائع ، وأن المشترى الظاهر لم يكن الا وكيلا عنه (٣) ، ولا تتقاضى الا رسوم واحدة اذ لا يوجد الا بيع واحد •

ومن ثم يكون للشخص الذى أعلن اسمه جميع حقوق المشترى يطالب بها البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشترى الظاهر • فيجوز للمشترى الحقيقى أن يطالب البائع بنقل

---

(١) ولكل من هؤلاء الاشخاص المتعددين الحصة التى اعلنها المشترى ، فاذا لم يعلن هذا حصة كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية • ويشترط فى ذلك ألا يختلف الثمن او الشروط كما قدمنا ، فاذ أعلن المشترى أن كلا من الاشخاص المتعددين يتحمل جزءا معينا من الثمن ، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعا معادلا للثمن الاصلى دون زيادة او نقصان ، والا اعتبر التقرير بيعا جديدا كما سبق القول (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ـ ص ١٧٢ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤) •

(٢) فاذا أعلن المشترى مثلا أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشتريا للنصف من البائع مباشرة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢) •

ويجوز لمن تقدم للشراء ان يتقاضى ممن اشترى له اجرة على الخدمة التى أسداها اياه . وللقاضى التثبت من ان هذه الاجرة ليست فى حقيقتها زيادة فى الثمن الاصلى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) •

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٠ •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى تكييف عقد البيع الى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع الى المسخر وبالتالى الى الموكل • والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها الى الموكل : نقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٥٨ ص ١٠٧٣ •

ملكية المبيع اليه وبتسليمه اياه ، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التى تكون للبائع بموجب هذا البيع الذى أبرم بين البائع والمشترى الظاهر .

كذلك يكون على الشخص الذى أعلن اسمه جميع التزامات المشترى . فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشترى الظاهر بشىء من ذلك . واذا كان المشترى الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشترى الحقيقى أن يرده للمشترى الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشترى الظاهر حق امتياز على المبيع ، فانه يرجع على المشترى الحقيقى بالثمن اما بدعوى الوكالة اذا كان متفقا معه على أن يدفع الثمن عنه ، واما بدعوى الاثراء بلا سبب اذا لم يكن متفقا معه على ذلك . وليس هو بائعا للمشترى حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشترى الحقيقى يعتبر مشتريا مباشرة من البائع دون توسط المشترى الظاهر الذى لم يكن فى هذا البيع الا نائبا عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشترى الظاهر يلتزم شخصيا بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر فى هذه الحالة كفيلا للمشترى بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب فى الشراء ، فان الوكيل بالشراء قد يكون كفيلا بالثمن للموكل (١).

ويترتب على ان البيع يعتبر صادرا مباشرة من البائع الى المشترى الحقيقى وأن المشترى الظاهر يعتبر وكيلا بالشراء عن المشترى الحقيقى أنه اذا أخذ أحد دائنى المشترى الظاهر اختصاصا على العقار المبيع فى المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما اذا رتب المشترى الظاهر بنفسه على المبيع حقوقا عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢ وفقرة ١٨١ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٢ .

حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه نزولا ضمنيا عن حقه فى التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له • واذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر فى الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشترى الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففى الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشترى (١) •

٩٩ ــ صورة خاصة ــ تقرير الراسى عليه المزاد الشراء عن الغير : وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، أوردها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى الحكم السابق الاشارة اليه بأن الشفعة فى العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لاحكام هذا النوع من البيوع ، تكملها وتحد منها أحكام الشفعة • وحاصل ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائما نافذا فى حق المشترى الظاهر الى أن يعمل حقه فى اختيار الغير • واذا كان اعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره الى عقد البيع الاول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور، فانه يكسبه أيضا حقوقا قبل المشترى الظاهر اذ يحل محله فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتى كانت تظل متعلقة به لو انه لم يعمل حقه فى الاختيار • ولما كان مقررا بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) ان الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل انذار الشفعة ، فانه اذا كان انذار الشفعة قد سجل قبل الانذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشترى الاول وبين من ادخلهم معه فى الشراء والذى قال فيه هذا المشترى انه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه اعمالا لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن ادخلوا فى الشراء ، وبالتالى عدم سقوط حقه فى الشفعة لادخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكما قائما على اساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعتوره من تقريرات اخرى مخالفة للقانون • والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشترين الذين ادخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، اذ الحقوق التى آلت اليهم باعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل انذار الشفعة لا تسرى على الشفيع • فلا يحاج الشفيع بشرائهم ، ولا يعتبرون بالنسبة اليه مشترين مشفوعا منهم يحق لهم دفع دعواه بأنهم اولى منه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) •

تقنين المرافعات فى المـادة ٤٤٤ منه على الوجه الآتى : « يجوز لمن حكم بايقاع البيع عليه يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء الثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، اذا وافقه الموكل على ذلك (١) » وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتيــة :

١ ــ ليس واجبا فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق فى قائمة شروط البيع • ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزاد فى بيع جبرى دون شرط خاص بذلك •

٢ ــ المدة التى يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محـددة فى القانون ،وهى ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزاد عــلى المشترى •

٣ ــ التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ،فيكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولـو مكتوب أو مسجل أو على يدمحضر ، فما لم يكن بتقرير فى قلم كتـاب المحكمة فانه لا ينتج أثرا •

---

(١) وقد كانت المادة ٥٧٦ / ٦٥٨ من تقنين المرافعات الاسبق تنص على انه « يجوز للمشترى أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالى ليـوم البيع (فى التقنين المختلط فى ثلاثة الايام التالية ليوم البيع) •• انه اشـترى بطريق التوكيل عن شخص معين ، اذا صدق على ذلك كل من الموكل والكفيل •• وبذلك يخلو سبيله وتعتبر الكفالة عن الموكل » •

كما كانت المادة ٦٧٠ من تقنين المرافعات السابق (لسنة ١٩٤٩) تنص على انه « يجوز للراسى عليه المزاد أن يقرر فى قلم الكتاب ، قبل انقضاء ثلاثة الايام التالية ليوم البيع ، انه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، اذا وافقه على ذلك كل من الموكل والكفيل عند الاقتضـاء وبهذا يبرأ الوكيـل وتعتبر الكفالة عن الموكل » •

هذا ويشترط الا يكون الموكل من الاشخاص الممنوعين من التقـدم للمزايدة ، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون (الاستاذ رمزى سـيف فى التنفيذ فقرة ٤٣٠ ــ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧) ••

فاذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التى نحن بصددها الأحكام الأخرى التى قدمناها . فاذا لم يقرر الراسى عليه المزاد فى قلم كتاب المحكمة فى الثلاثة الأيام التالية لرسو المزاد أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجهبات أما اذا قرر ذلك ، ووافقه على تقريره الموكل ـ واذا كان للراسى عليه المزاد كفيل وجب أيضا أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كفالته للوكيل ـ اعتبر الموكل هو الراسى عليه المزاد وأن من رسا عليه المزاد فعلا لم يكن الا وكيلا عنه ، ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل وأصبح للأول دون الثانى كل حقوق الراسى عليه المزاد ، وعليه كل التزاماته .

الفرع الثانى

المحل فى عقد البيع

١٠٠ ـ **للبيع محلان** : المحل فى واقع الأمر ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولما كان البيع عقدا ملزما للجانبين ، فانه ينشىء التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشىء التزامات مقابلة فى جانب المشترى محلها الرئيسى هو الثمن (١) ، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

---

(١) وقد يكون محل التزامات المشترى غير الثمن ، فالمشترى ملتزم أيضا بدفع مصروفات البيع وبتسلم المبيع ، فمحل الالتزام الاول هو المصروفات ، ومحل الالتزام الثانى هو المبيع .

المبحث الأول

المبيـــع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها فى المبيع: يجب أن يتوافــر فى المبيع (١) الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عــام ، وهى أن يكون المبيع موجودا ، ومعينا أو قابلا للتعيين ، وصالحــا للتعامل فيه . ويضاف الى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكا للبائع .

فنبحث اذن ١ - وجود المبيع ٢ - تعيين المبيع ٣ - صلاحيــة المبيع للتعامل فيه ٤ - ملكية البائع للمبيع .

المطلب الأول

وجــود المبيع

١٠٢ - معنى الوجود : قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن المحل يجب أن يكون موجودا ، والمعنى المقصــود بالوجــود هو أن يكون المبيع موجودا وقت انعقاد أو أن يكون ممكن الوجود بعـــد

---

(١) المبيع ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فتبـــاع الدار أى يباع حق الملكية فى الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . على أن المألوف ، اذا كان المبيع هو حق الملكية فى الدار ، أن يقــال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فاذا كان المبيع حقا دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصى ، ذكر الحق المبيع بالذات . وقد يكون المبيع حقا معنويا ، كحق المؤلف ، وتنص المادة ٨٦ مدنى على أن « الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وقد صدرت فعلا قوانين خاصة تتعلق بحق المؤلف والبراءات والاسم التجــارى ونحو ذلك .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥ .

ذلك . فاذا كان المبيع غير موجود أصلا ولا يمكن وجوده فى المستقبل ، فالبيع باطل (١) . واذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أيضا باطلا . أما اذا كان المبيع موجودا وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع ينفسخ على التفصيل الذى سنورده فى مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شىء موجود فعلا لا على شىء ممكن الوجود . ففى هذه الحالة اذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو آمكن وجوده فى المستقبل ، كان البيع باطلا . فاذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئا موجودا فعلا وقت البيع ، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شىء يوجد فى المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدنى على أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا (٢) » فيجوز بيع الأشياء المستقبلة ، كالمحصولات قبل أن تنبت ، بثمن مقدر بسعر الوحدة أو مقدر جزافا (٣) . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدا بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل الى

---

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فهى أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلا . وكذلك أسهم الشركات التى يحكم ببطلانها ، فهى بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فبيعها باطل . وهناك رأى يذهب الى أن الشركة الباطلة هى شركة واقعية ، فلأسهمها وجود فعلى ، وبيعها صحيح ، ولكن يرجع المشترى على البائع بضمان العيب الخفى ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيته (دى باج ٤ فقرة ٧٦ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣) . وبهذا الرأى الاخير أخذ القضاء الفرنسى (بيدان ١١ فقرة ٧٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦ .

(٣) وقد كان التقنين المدنى المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع ثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبلى نباته ، ولم يرد فى التقنين المدنى الوطنى السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلة جائزا ولو بثمن مقدر جزافا . وجاء التقنين المدنى الجديد (م ١٣١) مؤيدا للتقنين المدنى الوطنى السابق ، يجيز بيع المحصولات المستقبلة . وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلة قبل نباتها فى ظل القانون المدنى القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدنى المختلط (م ٣٣٠) . وقد قضى القانون المدنى الجديد فى المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف فى هذا الشأن بين القانونين الوطنى والمختلط (نقض مدنى ٣٠ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٦ ص ٩٦٣) .

المشترى عند تمام البناء ، فهذا بيع شىء مستقبل محقق الوجود • وقد يكون الشىء المستقبل محتمل الوجود ، كما اذا باع شخص نتـــاج ماشية ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا معلقـا على شرط واقف يتحقق اذا وجد النتاج (١) •

وبيع الشىء المستقبل كثير الوقوع فى التعامل ، فكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقدارا معينا من مصنوعاته دون أن يكـون قـد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بـدأ فى ذلك • وقـد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا • ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه • ويبيع مقاول الحق الذى له فى مقاولة لم ترس عليه بعد • فهذه كلها عقود واقعة على شىء مستقبل ، وهى صحيحة • وهذا يقرب من بيع السلم المعروف فى الفقه الاسلامى •

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروبا مـن التعامل فى الشىء المستقبل ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهنـا رسميا أو رهنا حيازيا • وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى شىء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة (٢)•

---

(١) وقد قضت محكمة اســتئناف مصر بأن بيع الاشياء المسـتقبلة نوعان • الاول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر ، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته • والثانى يجازف فيه المشترى فى قدر المبيع وكميته فقط ، كشراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكك الحديدية فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة • وحكم النوع الاول أنه ينفذ منجزا ، ويجب على المشترى أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد • وحكم النوع الثانى أن يكون معلقا على شرط واقف هو وجـود المبيع فى المستقبل مهما كان مقداره • ويشترط فى النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكا رهن ظروف لا دخل لاحـد المتعاقدين فيهـا (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) • وقضت أيضا بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتماليا ، لان كلا من البـائع والمشترى يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ ابريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) •

(٢) أنظر الجزء الاول من الوسيط فقرة ٢١٧ • ويعتبر تعاملا فى تركة مســتقبلة أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من ديون فى يوم وفاة المورث =

وقد يقيد التبايع فى شىء محتمل الوجود ، كما فعل فى بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيودا على بيعها .

ونستبقى للبحث من كل هذا مسألتين :

١ — بيع الحقوق المتنازع فيها .

٢ — البيع المعروف فى الفقه الاسلامى بالسلم .

١ — بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ — التمييز بين حالتين — الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ، وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح فى هذه الحالة عقدا احتماليا (contrat aléatoire) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل الى المشترى بعقد البيع ، وان لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشترى . فالمشترى الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه انما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، فى بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : ١ — بيع الحق لغير عمال القضاء ٢ — بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن حكم الحالة لأخرى .

١ — بيع الحقوق المتنازع فيها لغير القضاء
حق الاسترداد
(retrait litigieux)

١٠٤ — النصوص القانونية — تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل

= بالذات ، اذا ثبت أن الحوالة كانت معدة وممضاة قبل وفاته ولا ينقصها الا التاريخ (انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de droits successoraux نقرة ٣٩) .

الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » •

« ٢ _ ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت بـه دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى » •

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتى :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى » :

« (ا) اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أمـوال بيعت جزافا بثمن واحد » •

« (ب) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو مـلاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر » •

« (جـ) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفـاء للدين المستحق فى ذمته » •

« (د) اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار » (١) •

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية • وفى لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بعد عبارة « قد نزل عنه صاحبه » لاخراج حالات التبرع من نطـاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ فى المشروع النهائى • ووافق عليهـا مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الاعمال التحضـيرية ٤ ص ١٩٥ _ ١٩٧) •

م ٤٧٠ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدى عـلى وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، عدا فروقا لفظيـة طفيفة زالت فى لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمهـا ٤٩٧ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيـوخ تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٨ _ ١٩٩) •

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥٣ — ٣٥٥ /٤٤١ — ٤٤٣ (١) ٠

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٥٨ و ٤٥٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٩٣ و ٥٩٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٨١ — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٥١٠ و ٥١١ و ٥١٢ (٢) ٠

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : اذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق ، فلا يكون مسئولا عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق ٠

م ٤٤٢/٣٥٤ : اذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين فى المادة السابقة ، أو كان أصل الدين متنازعا فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة ٠

م ٤٤٣/٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة فى حالة ما اذا باع أحد الورثة نصيبه فى التركة الى شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه فى الدين الى شريكه ، أو أسقط المدين لدائنه شيئا فى مقابلة دينه ، أو اشترى مشتر حقا متنازعا فيه منعا لحصول دعوى ٠

وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد ، الا أن التقنين السابق كان على قدر من الغموض فى ايراده الحالة الاخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلا الحالة الاولى من هذه الحالات وهى حالة بيع الحق المتنازع فيه اذا كان داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد ، وهو بعد ذلك يوهم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون الا حقا شخصيا : انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) ٠

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٣٧ — ٤٣٨ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ — ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ سورى لم تورد الحالة الاخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٨٩) ٠

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى) ٠

التقنين المدنى العراقى م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى - أنظر فى القانون المدنى العراقى =

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع فيه ينقل الحق كما هو ــ متنازعا فيه ــ الى المشترى • والمشترى هو الذى يتحمل تبعه مصير النزاع فى شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشترى كخلف له ، واما ألا يثبت فلا ينتقل الى المشترى شيء كما سبق القول • فالبائع اذا باع حقا متنازعا فيه لا يضمن للمشترى وجود هذا الحق (١) ، وانما هو يبيع مجرد ادعاء • ومن ثم يراعى فى تقدير

= الاستاذ حسن الذنون نفره ٢٥٤ ــ فقرة ٣٦١ ــ الاستاذ عباس حسن الصراف ص ٦٠٥ ص ٦٢٥) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٨١ : يصح التفرغ عن حق متنازع عليه اقيمت دعوى الاساس فى شانه بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه • وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لاحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ • على انه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى احرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثا مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائنا له •

(والتقنين اللبنانى أقرب الى التقنين الفرنسى منه الى التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٥١٠ : ١ ــ اذا بيع حق متنازع فيه ، كان لمن ينازع البائع ان يسترده من مشتريه اذا رد له ما دفعه من ثمن وما تكبده من مصروفات • ٢ ــ ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى •

م ٥١١ : يسقط حق الاسترداد بمضى ثلاثين يوما من تاريخ علم المسترد بالبيع •

م ٥١٢ : استثناء من حكم المادة ٥١٠ ، لا يجوز الاسترداد فى الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان الحق يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت بثمن واحد •

(ب) اذا كان الحق شائعا وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر •

(حـ) اذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه وفاء لدين مستحق فى ذمته لدائن •

(د) اذا كان الحق مضمونا برهن يثقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار •

(وهذه النصوص تتفق فى حكمها مع التقنين المصرى باستثناء ان التقنين الكويتى حدد أجلا للاسترداد وهو ثلاثون يوما من تاريخ علم المسترد بالبيع) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم قد أثبت ان المدعى لم يشتر الا مجرد حق متنازع فيه ، فان قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقا لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا ضمان أصلا =

ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسبا مع قوته ، فيكثر أو يقل تبعا لقوة الادعاء أو ضعفه ، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته اذ لابد أن المشترى يدخل فى حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشترى لحق متنازع فيه مضاربا يأمل الكسب ، فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه ، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشترى بدفع الثمن — وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق — مع المصروفات والفوائد . أما فى الحالات الاستثنائية التى تنتفى فيها فكرة المضاربة ، فقد منع القانون حق الاسترداد (١) .

فنبحث اذن : ١ — متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه ٢ — وكيف يكون الاسترداد ٣ — والآثار التى تترتب على الاسترداد ٤ — والحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاسترداد .

= على من باع مجرد حق متنازع فيه : نقض مدنى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٣٩ صفحة ٣٦٨ .

(١) ويذهب بودرى وسينيا الى أن فكرة المضاربة لا تكفى وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب ، فالمضاربة ليست فى ذاتها شرا محضا حتى ينتصب القانون لمحاربتها . واذا كانت المضاربة فى بعض الحالات تنطوى على استغلال وتعسف ، فهى فى حالات أخرى ينتج عنها الخير ، اذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فيبيعه لمن هو أقدر منه على ذلك ، فيصل الى الكثير من حقه وكان يفقده كله لولا هذه المضاربة . وانما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدى المرابين ، هى وضع حد للمنازعات والقضايا . فان الحق المتنازع فيه اذا استرده المدين ممن اشتراه فقد وضع بذلك حدا للنزاع وحسم الخصومة ، ولم يخسر المشترى شيئا فقد استرد ما دفعه ، والقانون ينشد دائما فض المنازعات أو تقليلها بقدر الامكان (بودرى وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤) .

واذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشترى ، فان الامر يؤول الى وضع شبيه بما اذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغا أقل من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذى ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكان المدين دفع لصاحب الحق — يمثله المشترى خلفه — القيمة التى ارتضاها صاحب الحق نفسه ، وذلك لفض النزاع . فالامر فى صورته استرداد ، وفى حقيقته ضرب من الصلح .

١٠٥ ـ متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص المادة ٤٦٩ مدنى أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : ١ ـ أن يكون الحق المسترد حقا متنازعا فيه ٢ ـ وأن يكون قد نزل نزل عنه صاحبه بمقابل ٠

فيجب أولا أن يكون الحق المسترد حقا متنازعا فيه ٠ وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدنى انه « يعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى » ٠ فليس من الضرورى اذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعا فيه ، ويكفى أن يقوم فى شأنه نزاع جدى [1] ٠ وليس من

---

(١) وقد حسم هذا النص خلافا كان قائما فى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ كان هناك رأى يذهب الى أن الحق لا يكون متنازعا فيه الا اذا رفعت به دعوى وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض فى ظل العمل بأحكام القانون المدنى القديم بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى (القديم) ، اذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها ان يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومه امام القضاء ، وان يكون النزاع فيها منصبا على اصل الحق (le fond de droit) أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد او السقوط بمضى المدة ، فكل العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص او بعدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه ، لانها غير متعلقة بأصله : نقض مدنى فى ٧ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٣٨ صفحة ٣٦٨ ٠

وفى فرنسا نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متعينا ٠ أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصريح فى المعنى العكسى (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) ٠ أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه على عمال القضاء ، فى فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يكفى أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) ٠

ولا يكون الحق متنازعا فيه اذا لم يقم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) ـ وصعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه ٠ أما النزاع فى مرتبة الحق فتجعل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ ـ بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) ـ والنزاع فى تأمينات الحق لا يجعله حقا متنازعا فيه الا اذا كان هذا النزاع من شأنه أن =

الضرورى أيضا أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقا متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الاجراءات كعدم صحة الاعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (١) ، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٢) • وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى الى حكم

يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى براءة اختراع لا يجعل المتجر متنازعا فيه الا اذا كانت هذه البراءة هى العنصر الجوهرى فى المتجر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) •

ومعرفة ما اذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) •

ولكن فى ظل القانون المدنى القديم قضت محكمة النقض بأن محكمة الموضوع اذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية الى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه ، انما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الاركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدنى (القديم) أو عدم توافره • اذن فان عملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض : نقض مدنى ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٤٢ صفحة ٣٦٨ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، اذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل الحق (le fond de droit) أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة • فكل العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لانها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) •

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ - والنزاع يقوم فى موضوع الحق اذا تعلق بوجوده أو بانقضائه أو بمداه أو بمقداره ، أو اذا دفع الحق بدفع موضوعى يرمى الى رفضه نهائيا كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ - بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا تجوز اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض : نقض مدنى فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢٥ ص ١٥٠٠ •

ابتدائى ، فمادام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب اذا طعن فى الحكم الابتدائى بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضا طول المدة التى يظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادى مفتوحا ولو لم يطعن فى الحكم بالفعل . أما اذا كان الحكم نهائيا فقد انحسم النزاع فى الحق وأصبح حقا غير متنازع فيه . فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائى يمكن أن يطعن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس اعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادى لا يزال مفتوحا . أما اذا طعن بالفعل فى الحكم النهائى بطعن غير اعتيادى ، فان الحكم يعود فى هذه الحالة حقا متنازعا فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه على النحو الذى أسلفناه فى اليوم الذى ينزل فيه عنه صاحبه الى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقا شخصيا أو حقا عينيا ، منقولا أو عقارا . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه الى أجنبى ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حق المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما اذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف فى الرأى . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة

---

(١) محكمة مصر ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة رابعا ص ١٨٠ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والعبرة فى حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت اعلان المدين (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش رقم ١٦ - بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . واذا قبل المدين حوالة حق ينازع فيه وكان قبوله دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة فى حالتـه كما توافرت فى حالة المدعى عليه • ومن يؤسس حق الاسترداد على فكره حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، اذ هو الذى أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توقيا لخصـومة هـو المتسبب فيها (١) •

والشرط الثانى أن يكون النزول عن الحق بمقابل • فاذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعا لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكـرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيهـا ويستغل الخصومات القائمة(٢)• أما اذا وهب صاحب الحق حقه بعوض فان كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جـاز الاسترداد ، والا غلبت صـفة التبرع وامتنع على المـدين استرداد الحق (٣) • ولابد أن يكون المقابل نقدا أو أشياء مثلية على الأقـل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشترى • فاذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يسـتطيع أن يدفع للمشترى مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هـو قيمـة العـوض والقيمـة لا تجـزىء عن المثـل (٤) • وليس معنـى

(١) انظر من الرأى الاول جيـوار ٢ فقرة ٨٩٣ _ اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش رقم ١٥ _ بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣١٨ _ الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٠٨ _ وانظر من الرأى الثانى بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ _ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ •

ويستوى فى جواز حق الاسترداد أن يعلم المشـترى بقيام النزاع فى الحق أو لا يعلم ، الا انه اذا كان لا يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضـا بالضمان على البائع (قارن المذكـرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) •

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ _ هذا الى انه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين اذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فان صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو •

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش رقم ١٤ _ بودرى وسـينيا فقرة ٩٣٢ _ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ •

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ _ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ _ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٦ _ عكس ذلك الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ _ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ •

ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتما من طريق البيع (١) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدى فيجوز الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعى أنه له ، ثم ان هذا الحق نفسه ينازع فيه المدين ، فلو أن صاحبى الحق المتنازعين اصطلحا فأعطى أحدهما الآخر مبلغا من النقود حتى ينزل له عن ادعائه ، فان المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شىء فى مقابله (٢). كذلك اذا كان صاحب الحق المتنازع فيه فى ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين فى الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذى كان له فى ذمة صاحب الحق . واذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بثمن واحد ، جاز

---

(١) وان كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائيا فى المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ ـ اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ ـ بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ـ الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٢٠ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ ـ وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٦ ـ وأنظر فى عدم جواز الاسترداد اذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصا آخر فى قبض الحق من المدين فى مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٤ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ـ قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٢٠ ـ والاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ ـ والاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٢٠ هامش رقم ٤ .

ويمكن ايراد مثل آخر للصلح على النحو الاتى : دائن بألف وله مدينان متضامنان ينازعانه فى الدين ، فاصطلح مع احدهما على ثمانمائة وتقاضاها منه . فاذا رجع المدين الذى وفى الدائن على المدين الاخر ، كان لهذا المدين الاخر ان يسترد حصته فى الدين ـ وهى خمسمائة ـ بما يقابلها فى مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل التقنين المدنى الجديد الى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فجعل للمدين المتضامن الآخر ان يستفيد من الصلح ، اذ نص فى المادة ٢٩٤ منه على انه « اذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه باية وسيلة اخرى ، استفاد منه الباقون » .

للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن (١) •

١٠٦ ـ كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :

١ ـ اعلان المدين ارادته فى الاسترداد •

٢ ـ ورده للمشترى الثمن الحقيقى وفوائده والمصروفات •

ويعلن المدين (٢) ارادته فى الاسترداد دون حاجة الى شكل خاص • فاذا كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم ـ بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى يطالب المدين بالحق ودخل فيها المشترى خصما أو رفعها المشترى ابتداء على المدين يطالبه بالحق الذى اشتراه ـ فالمدين يعلن ارادته فى الاسترداد عن طريق طلبه فى المحكمة من المشترى بالشكل العادى الذى به الطلبات فى الخصومة • ويوجه الطلب الى المشترى دون الدائن ، فالمشترى وحده هو الخصم فى الاسترداد (٣) • واذا لم تكن الدعوى

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ •

(٢) واذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون ، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد ، ويرجع على الباقين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) ـ ويجوز لخلف المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١) • ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد •

(٣) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلبا احتياطيا ، بأن يطلب المدين طلبا أصليا الحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلا وطلبا احتياطيا باسترداده من المشترى ، لان الاسترداد على هذا النحو يكون استردادا لحق غير متنازع فيه اذ هو لا يقوم الا بعد تصفية النزاع واقرار الدين قضاء • هذا الى أن الطلب الاحتياطى ليس من شأنه أن يضع حدا للخصومة ، اذا هو لا يوجد الا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ ـ أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٩٤٠ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨) •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) لا تخول المدين الحق فى استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشترى الا اذا كان ذلك =

منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلا بالحق المتنازع فيه وانما قام فى موضوعه نزاع جدى ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم مازال بـاب الطعن العادى مفتوحا فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلا ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين ارادته ، ويوجه هذا الاعلان الى المشـترى دون الدائن كما قدمنا ، ويحدث الاعلان أثره من وقت وصـوله الى علم المشترى وفقا للقواعد العامة (١) .

ويجب أن يرد المدين للمشترى ردا فعليا ــ أو يعرض عرضـا حقيقيا ــ الثمن وفوائده من وقت الدفع والمصروفـات ، فـان طلب الاسترداد لا يحدث أثره الا اذا تم هذا الرد أو العرض (٢) . ذلك أن نص القانون (م ٤٦٩ / ١) مدنى صريح فى أن للمتنازل ضـده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل الثمن الحقيقى الذى دفعـه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفـع » . ولأن التخلص من

= حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى انهاء الخصومة صلحا على هذا الاساس (نقض مدنى ٧ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادى ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لانه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازعا فيه (الاستاذ مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢) .

(١) واذا نازع المشترى فى صـحة الاسترداد ، رفع المدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة الاسترداد .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ من القانون المدنى (القديم) لا تخول المدين الحق فى استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشـترى الا اذا كان ذلك حاصلا بصفة اصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى انهاء الخصومة صلحا على هذا الاساس : نقض مدنى فى ٧ ابريل سـنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٤١ صفحة ٣٦٨ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٠ ــ الاستاذ انو سـلطان فقرة ٤٢٤ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ ــ قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ ــ بلانيول وريبير وهـامل ١٠ فقـرة ٣٢١ ص ٤٠٨ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٣ ــ الاستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٠ ــ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ ــ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون الا من يوم الوفاء ، والوفاء لا يكون الا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقى اذا لم يقبل المشترى الدفع الفعلى أو نازع فى صحته . والذى يجب أن يدفع فعلا أو يعرض عرضا حقيقيا هو ما يأتى :

١ - الثمن الحقيقى الذى دفعه المشترى لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ « الحقيقى » التحرز من الثمن الصورى الذى قد يذكره المتبايعان فى عقد البيع ، فيزيدان من الثمن الحقيقى حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلا الاسترداد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور فى العقد ليس هو الثمن الحقيقى ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقى أو عرضه (١) .

٢ - فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشترى للبائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانونى - ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية - لتعويض المشترى عن المدة التى بقى فيها محروما من الثمن

---

(١) واذا كان البائع قد منح المشترى اجلا للوفاء بالثمن ، فللمسترد ان يستفيد من هذا الاجل ، ولكن للقضاء ان يلزمه بتقديم تامين كاف يضمن السداد (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦) .

واذا باع المشترى الحق قبل استعمال حق الاسترداد ، فالمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشترى من المشترى لا ضد المشترى ، ويدفع له الثمن الذى اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الاول الذى دفعه المشترى للبائع أو اقل . ذلك ان الاسترداد ليست له مدة مقررة قانونا يجب ان يستعمل فى خلالها ، فيجوز استعمال هذا الحق فى اى وقت الى ان يحسم النزاع فى شان الحق . وعند استعماله يوجه لمن كان الحق منتقلا اليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشترى أو مشتريا منه او مشتريا ثالثا او مشتريا بعد ذلك (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك فيدفع المسترد للمشترى الثانى الثمن الذى دفعه المشترى الاول للبائع : ديمولومب ١٦ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش ٣٢ مكرر ثالثا) .

لا ينتفع به • وفى مقابل ذلك يرد المشترى للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان دينا ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشترى منذ اليوم الذى دفع فيه المشترى الثمن للدائن ، وان كان عقارا رد المشترى ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده • أما اذا كان الثمن الذى اشترى به المشترى الحق المتنازع فيه مؤجلا وينتج فوائد ، فان المتنازع ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلا كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التى أشرنا اليها فيما تقدم • ويلتزم بهذا نحو المشترى ، والمشترى يبقى ملتزما نحو البائع كما سنرى •

٣ ـ مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل فى العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الامضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك (١) • ويتحمل المسترد أيضا مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق اذا كان المشترى هو الذى رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشترى مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢) • وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التى قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما اذا كان المشترى قد تحملها ، أما اذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها فى الثمن الذى باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشترى •

---

(١) واذا كان المشترى قد دفع رسوما أكبر بسبب المبالغة فى الثمن ، لم يكن له ان يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ ــ ٤٠٧) •

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ •

١٠٧ — الآثار التى تترتب على الاسترداد : اذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشترى ، فان هذا لا يعنى أنه أقر بأن الحق ليس له • وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع فى أمر لا تعرف مغبته (١) •

والاسترداد اذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره :

(أولا) فى العلاقة ما بين المشترى والمتنازل ضده •

(ثانيا) وفى العلاقة ما بين المشترى والبائع •

(ثالثا) وفى العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع •

ففى العلاقة ما بين المشترى والمتنازل ضده ، يحل الثانى محل الأول بموجب الاسترداد • ولا يعتبر الاسترداد شراء جديدا للحق المتنازع فيه صدر من المشترى للمتنازع ضده ، بل ان المشترى يعتبر — فى العلاقة ما بينه وبين المسترد — أنه لم ينتقل اليه الحق أصلا وقد انتزعه منه المسترد — أنه لم ينتقل اليه الحق أصلا وقد انتزعه منه المسترد • ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التى يكون قد رتبها المشترى على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (٢) • فاذا كان الحق المتنازع فيه عقارا ، سقط كل ما رتبه المشترى على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع •

---

(١) وقد رأينا أنه اذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا حول الى آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه فى الاسترداد (انظر آنفا فقرة ١٠٥ فى الهامش) • أما اذا احتفظ المدين بحقه فى الطعن فى الدين عند قبوله الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١) •

واذا حول المجنى عليه فى جريمة حقه فى التعويض الى آخر ، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقائه منكرا ارتكاب الجريمة ومنكرا استحقاق المجنى عليه للتعويض (هبك ٢ فقرة ٦٦٣ — بودرى وسينيا فقرة ٩٥١) •

(٢) لكن اذا باع المشترى الحق من مشتر ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه الى المشترى الثانى بالثمن الذى دفعه هذا للمشترى الاول ، فلا يسقط تصرف المشترى الاول فى الحق بالبيع (انظر آنفا فقرة ١٠٦ فى الهامش) •

وتسقط الحجوز التى يكون دائن المشترى قد وضعها تحت يد المتنازل ضده اذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا ، اذ هى تعتبر واردة على حق ليس للمشترى (١) .

وفى العلاقة ما بين المشترى والبائع يبقى قائما ، فلا ينتقض بالاسترداد (٢) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشترى نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشترى وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشترى والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشترى بالثمن والالتزامات الاخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد محل المشترى فى هذه الالتزامات . فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشترى على البائع بالضمان ، بعد أن انتزع المسترد الصفقة من المشترى ، ولذلك ما لم يكن المشترى يجهل أنه اشترى حقا متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (٣) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التى تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الانواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع ، فهو غير أجنبى عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبى عن العين المشفوعة . وهو اذن لا يتلقى الحق ، بل ينهيه اذا كان حقا شخصيا ، ويقطع الخصومة فيه اذا كان حقا عينيا . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع الى المسترد ، فقد كان

---

(١) قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) قارن الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - والاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٢ - بودرى وسينيا فقرة ٩٥٥ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - وقارن الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ - وانظر آنفا فقرة ١٠٥ فى الهامش .

حقا متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق فى مطالبة المسترد بشىء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذى للصلح فى حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه دينا يدعيه البائع فى ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينقل الدين الى المسترد فينقضى باتحاد الذمة ، بل ان الاسترداد يحسم النزاع فى الدين فيعتبر كأنه لم يكن فى ذمة المسترد (١) . واذا كان الحق المتنازع فيه عقارا ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع الى المسترد ، بل يعتبر أنه كان دائما ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . واذا كان المشترى قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزما بهذا الثمن الى أجله (٢) ، فانه

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٨ - وما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد فى حاجة الى التحرير ، فقد ورد ما يأتى : « واذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا ، فاسترداده يمكن تكييفه على انه شراء للحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . واذا كان الحق عينيا ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) . والصحيح ما قررناه . انظر فى معنى المذكرة الايضاحية الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

ونقر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فيما ذكره فى هذا الصدد اذ يقول : « الاسترداد لا يعدو أن يكون وسيلة لابراء ذمة المدين ... وليس من اثر الاسترداد انشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة ، وانما يرجع عليه باستعمال دعوى مدينة أى المشترى المتنازل اليه . ثم ان المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقا من المشترى الذى استعمل خيار الاسترداد فى مواجهته ، لان كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين اذا كنا بصدد حوالة أو زوال النزاع الذى ثار حول الحق العينى محل التنازل . ولهذا اذا تعلق الاسترداد بحق عينى عقارى ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظرا للطبيعة الخاصة لخيار استرداد الحق المتنازع فيه ، فان المسترد لا يعتبر خلفا خاصا للبائع (المتنازل) ولا للمشترى (المتنازل اليه) لاننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفا فيه » (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

لا يكون ملزما بشىء نحو البائع ، بل هو ملزم نحو المشترى ، وهـذا ملزم نحو (١) البائع كما سبق القول •

١٠٨ — **الحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاسترداد :** لما كان حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة فى الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدنى ، كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة • وهذه الحالات هى (٢) :

١ — اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد • مثل ذلك بيع التركة ، فهى مجموع من المـال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسنرى أن بيع التركة هو بيـع لهـذا المجموع دون نظر الى عنصر من عناصره بالذات • فاذا كان فى التركة حق متنازع فيه ، فان هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى فى مجموع التركة ، فتنعدم فكرة المضاربة فى هذا الحق بالذات ، فـلا يجوز الاسترداد • ويترتب على ذلك أنه اذا اشترى شخص من وارث نصيبه فى التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة فى ذمة أجنبى وهو دين ينازع فيه المدين ، فان المشترى لنصيب الوارث وقد أصبح

---

(١) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المشترى قبل مدين الدين وهو المسترد . ويذهب الفقه فى فرنسا ، وفقا لتقاليد القانون الفرنسى القديم ، الى ان البائع يستطيع أن يرجع أيضا بدعوى مباشرة على المسترد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — كولان وكابيتان ، فقرة ٩٨٤ — وانظـر فى هذا المعنى : الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ — الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٢٧ هامش رقم ١) . ونرجح الرأى الذى ذهب اليه الاســتاذ عبـد المنعم البدراوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩ وقد سـبقت الاشارة الى ذلك) ، لان الدعوى المباشرة لا تكون الا بنص ، ولا يوجد نص هنا يجعل للبائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٢) وهى مذكورة على سبيل الحصر ، ففى غيرها يجوز الاسترداد دائما (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ — جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ — بودرى وسينيا فقرة ٩٦٠) .

صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب بـه المـدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فاذا صفى النزاع فى الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ ــ اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك (١) ، وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فاذا فرضنا أن حقا متنازعا فيه يملكـه شخصان فى الشيوع ، اما لأنهما ورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معا ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه فى الحق من الآخر ، فان الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصـد به المضاربة : بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٢) . أما اذا كان الشريكان فى الحق ينازعهما أجنبى يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعا فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبى عما يدعيـه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذى نحن بصدده ، فهذا الاستثناء يقتضى أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه . لا أن أجنبيا عنهما يكون هو المتصرف (٣) .

٣ ــ اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقا متنازعا فيه فى ذمة آخر ، فنزل

---

(١) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل . فقرة ٣٢٣) .

(٢) ومن ثم لا يجوز الاستداد حتى لو كان الحق مملوكـا لاربعـة اشخاص مثلا ، وباع واحد منهم نصيبه لاحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من ان الحق لا يزال شائعا بين الثلاثة ، الا أن فكرة القسمة لا تنتفى ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ انه فى الحالة التى نحن بصددها ــ يبيع احد الشركاء نصيبه لشريك آخر ــ يمنع الاسترداد ، فوق انتفاء فكرة المضاربة ، اعتبـار آخـر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المنازعة والخصومة ، اذ انه لا يؤدى الى اكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر بنصيبه المتنازع فيه مستمرا فى الخصـومة .

(٣) بوردى وسينيا فقرة ٩٦٢ .

عن هذا الحق لدائنه وفاء بالدين الذى فى ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وانما قصد ان يستوفى حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذى استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له [١] . وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافيا لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغا اضافيا من النقود . مثل ذلك أن يكون فى ذمة المدين لدائنه أربعة آلاف ، فيوفيه حقا متنازعا فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ اضافى مقداره خمسمائة . فكأنه وفى مدينة خمسمائة ، والباقى من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاه بأربعة آلاف متنازع فيها . ففى هذا المثل لا تدل الارقام على أن هناك مضاربة فى الحق المتنازع فيه . فقد استوفى الدائن الدين الذى له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . واذا عكسنا الغرض ، وقلنا ان فى ذمه المدين ثلاثة الاف نوفاها بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلا (soulte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فان الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة الآلاف ، واستوفى الثلاثة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضا على فكرة المضاربة . ولكن اذا كان الدين الذى فى ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بحالها ، فان الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضى الموضوع فى هذه الحالةمن الأرقام والظروف الأخرى فكرة المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد [٢] .

٤ — اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز

---

(١) ولكن قد يعمد الطرفان الى التحايل ، فينشآن دينا صوريا لاحدهما على الاخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين الصورى . فالاسترداد هنا يجوز ، لان الصفقة اريدت بها المضاربة وقد اخفيت تحت ستار هذا الدين الصورى .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥ .

العقار . والمفروض هنا أن عقارا مثقل برهن يكفل دينا على مالكه متنازعا فيه . وباع المدين العقار المرهون من آخر ، فالحائز للعقار وهو المشترى يكون مسئولا عن الرهن الذى يثقل العقار وله حق التطهير ، ولكن اجراءاته معقدة وهو غير مأمون العاقبة . فيعمد الى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه ــ وهو المدين الذى باع العقار ــ الاسترداد فى هذه الحالة ، فان الذى دفع حائز العقار الى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل انه أراد تجنب اجراءات الدائن المرتهن (١) ، مثل ذلك أن يشترى شخص عقارا من آخر بأربعة آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فاذا دفع المشترى كل الثمن للبائع ، ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة ، فانه يرجع على المدين وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة بدلا من الألف . واذا اكتفى المشترى بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى ألفا لوفاء الدين ــ وهذا ما يقع عادة ــ ثم اشترى الدين بثمانمائة ، لم يجز للمدين بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشترى بالفرق بين الدين ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة (٢).

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ٤١٠ ــ جوسران ٢ فقرة ٨١٥ ص ٤٤٢ ــ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٠ ص ٥٩٩ ــ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

ويورد التقنين المدنى للفرنسى ، وعلى غراره أورد التقنين المدنى المصرى السابق ، لتقرير هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح غرض المشرع : انظر فى نص التقنين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفى مثل مناسب لعبارة التقنين المدنى المصرى السابق وهى عبارة غامضة الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٦ .

(٢) انظر فى الحالات الاستثنائية الاربع المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

(ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء

١٠٩ ــ النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا » .

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتى :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا (١) » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٧/ ٣٢٤ (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت فى لجنة المراجعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقمه ٤٩٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٠ ــ ص ٢٠٢) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٩٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٢ ــ ص ٢٠٣ وص ٢٠٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٥٧/ ٣٢٤ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والافوكاتية أن يشتروا ، بأنفسهم =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٣٩و٤٤٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٦٠ – ٤٦١ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٩٥ و ٥٩٦ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٨٠و٣٨١ – وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٥١٣و٥١٥ (١) .

= ولا بواسطة غيرهم ، ولا كلا ولا بعضا من الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها .

(والاحكام متفقة فى التقنينين . ولم يرد فى التقنين السابق نص خاص بتعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه اذا كان وكيلا عن صاحب الحق ، ولكن المادة ٢٥٧/٣٢٤ كانت تعتبر كافية لتحريم شراء المحامى للحق أو جزء منه ، ويدخل فى البيع الوفاء بمقابل اذا كان المحامى يأخذ مقابل اتعابه جزءا من الحق المتنازع فيه) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٣٩ – ٤٤٠ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ – ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

(وأنظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ – فقرة ٢٨٩) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٦٠ – ٤٦١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ – ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٩٥ – ٥٩٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ – ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى – وأنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٣٦٢ – فقرة ٣٦٩ – والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦١١ – فقرة ٦١٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٨٠ : ان القضاة والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلة فى حيز اختصاص المحاكم التى يقومون بوظائفهم فى دائرتها .

م ٣٨١ : ان زوجات الاشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وان كانوا راشدين يعدون أشخاصا مستعارين فى الاحوال المنصوص عليها فى المواد السابقة .

(والتقنين اللبنانى يتفق فى مجموع أحكامه مع التقنين المصرى ، الا انه أغفل النص على اعفا أعضاء النيابة والمحضرين كما أغفل النص على تحريم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه الموكول اليه الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسما مستعارا) .

١١٠ — البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد : ونرى من ذلك أن لبيع الحقوق المتنازع فيها خاصية أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع فيه يجعل للمدين حق الاسترداد من المشترى . وهنا نرى أن المشترى اذا كان أحدا من عمال القضاء — وبالتحديد أحدا ممن ذكروا بالنص — فان البيع يكون باطلا ، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسترداد اذ لا استرداد فى بيع باطل . وقد ربط التقنين المدنى الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع فيها ربطا لم يكن موجودا فى التقنين المدنى السابق ، اذ أن هذا التقنين الأخير عرض لحق الاسترداد فى مكان وللبيع لعمال القضاء فى مكان آخر ، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوى على شىء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالى ، أصبح واضحا أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالا لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلا فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزما نحوه بكل الدين اذا صفى النزاع وثبت وجود الدين فى ذمة المدين . أما العكس فجائز ، فاذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فانه يجوز للمدين — ولو أنه من عمال القضاء — أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتج عليه فى ذلك بأنه اشترى حقا متنازعا

= التقنين المدنى الكويتى م ٥١٣ : لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمأمورين التنفيذ ان يشتروا ، ولو باسم مستعار ، حقا متنازعا فيه ، والا كان العقد باطلا .

م ٥١٥ : يسرى الحظر المنصوص عليه فى المادتين السابقتين على الازواج ، والاقارب والاصهار ، حتى الدرجة الثانية .

(ويلاحظ ان التقنين الكويتى وان اتفق فى الحكم مع التقنين المصرى ، الا انه توسع فى الحظر فجعله شاملا لكافة الحقوق المتنازع فيها ولم يقصره على تلك التى تدخل فى نطاق عمل المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها كما فعل التقنين المصرى كما مد نطاق الحظر الى الازواج والى الاقارب والاصهار حتى الدرجة الثانية ، ويرجع توسع التقنين الكويتى فى الحظر الى ضيق رقعة اقليم دولة الكويت وقلة السكان فيه) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وبيع الحقوق المتنازع فيها على هذا النحو له خاصيتان : (أ) انه لا يجوز اذا كان =

فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه انما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لابراء ذمته منه ، واسترداد الحق لابراء الذمة غير شرائه للمضاربة (١) .

ويخلص مما تقدم أن القانون ينظر فى ريبة الى بيع الحق المتنازع فيه . فهو فى القليل ينطوى على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حقا فى الاسترداد يعطيه للمدين . فاذا زادت الريبة وكان المشترى هو أحد عمال القضاء يشترى حقا نظر النزاع فيه يقع فى اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، اذ الشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تصل الى حد استغلال النفوذ ؛ ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (٢) . وحرم

= البيع لعمال القضاء الذين يقع فى اختصاصهم الفصل فى النزاع . (ب) انه يجوز اذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه اذا هو رد للمشترى الثمن والمصروفات والفوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصتين احداهما بالاخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة ، بخلاف التقنين الحالى (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥/٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٢٥٧/٣٢٤) » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

وجاء فى مكان آخر من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فاذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لاحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ، ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه اذا باعه الدائن » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٣٦ - الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الاستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش رقم ٢ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٨ - الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٢٩ .

(٢) ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه ، لان البيع بعكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويبعد عنهم الشبهات (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢) .

القانون بوجه خاص على المحامى التعامل مع موكله فى الحق المتنازع فيه الموكول اليه أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ما هو الحق المتنــازع فيه (١) . ويبقى أن نعــرف :

١ ــ من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها .

٢ ــ وما هو الجزاء على شرائهم لهذه الحقوق .

٣ ــ وأحكام تعامل المحامى فى الحق المتنازع فية (pacte de quota litis).

١١١ ــ المشترون للحقوق المتنازع فيهــا : المحظــور عليهم الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون . وقــد ذكروا فى المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر ، فلا يجوز القياس عليهم ،

---

(١) فالحق المتنازع فيه معناه واحد من حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء ، ومن ثم يكفى ليكون الحق متنازعا فيه فى الحالتين ان يقوم فى شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به امام القضاء (قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جــديد) التى تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . واذن فلا يكفى لابطــال البيع أن يكــون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع ، اذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية الى اعتبار الحق متنازعا فيه ، انما تفصل فى مسالة قانونية هى توافر ركن من الاركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جــديد) أو عدم توافره . واذن فعملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ ابريل ســنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٣٨٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع فى الحق المانع من البيع الذى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائما فعلا أو محتملا وقت التعاقد ، فكل نزاع يجد أو ينشأ بعد التعاقد لاسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت فى حســاب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح ان يكون حائلا دون البيع للاشــخاص الذين ذكرهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرســمية ٤١ رقم ٨٢) .

ولا يمتد الحظر الى الخبراء (١) ومترجمى المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابها وفراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللفظ أيضا مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الادارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس الملية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على القاضى يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تتبعها محكمته (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه الى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

---

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدين فى الجدول (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ .

(٣) ولا يدخل مستشارو الراى والتشريع فى مجلس الدولة والاعضاء الفنيون بهذين القسمين والموظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المحكمون ، فهؤلاء لا يسمون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ، لان المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها ، بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون اصلا فى المحاكم الكلية ثم يندبون للعمل فى الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤١) ، وهذا الراى هو الارجح .

الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفى لالقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم اليه طلبات اضافية تجعله قابلا للاستئناف (١) • ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه الى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة • أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكمته يمتد الى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم فى النزاع غير قابل للنقض للاحتمالات التى قدمناها •

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام الى معاونى النيابة • ولا يدخل فيهم معاونو الادارة ، ولا أعضاء النيابة الادارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد • ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التى يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام الى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون امام محكمة النقض •

والمحامون هم كل من كان عضوا فى نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين • ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة الا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية فى جميع أنحاء البلاد • ومنهم من لا يسمح لهم بالمرافعة الا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعا • والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضا شراء أى حق متنازع فيه (٢)•

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ ـ بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ ـ عكس ذلك ماركاديه م ١٥٩٨ فقرة ١ •

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى الى قصر المنع على حالة ما اذا كان المشترى محاميا عن أحد المتنازعين (الاستاذ فتحى زغلول ص ٢٢٦) ، وذهب رأى آخر الى قصر المنع على المحاكم التى يترافع فيها المحامى بصفة مستمرة =

وكتبة المحاكم يندرج فيهم كتاب الجلسات ، وغيرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيد وغير ذلك من الأقسام الادارية . والكاتب موظف فى محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كذلك المحضرون كل معين فى محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة .

ويلاحظ أنه يجب توافر الصفة فى الوقت الذى يتم فيه الشراء ، فلو أن المشترى لم يكن قاضيا فى محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقا متنازعا فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضى بعد ذلك الى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه فى هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية . ويجب أيضا أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فلو لم يقم فى شأنه نزاع جدى وقت أن اشتراه عامل القضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائما قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيرا أن يكون عامل القضاء عالما بوقوع النزاع فى الحق وقت شرائه (١) .

= (الاستاذ حلمى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التى يباشر عمله فعلا فى دائرتها (الاستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ – ٤٣) ، غير أن هذه الآراء يعوزها سند من القانون (الاستاذ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش ١ – الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٣ ص ٤١٣ – الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ – ص ١٤٧ – الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٥ ص – ١٨٤ – الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٨١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا تبين وقت تحويل السند أن المحامى لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب اليه أنه اشترى دينا متنازعا فيه (٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٦ جـ ١٩) .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٢٥٧ من القانون المدنى (القديم) ، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها ، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، سواء أكان مطروحا على القضاء ام لم يكن طرح بعد . وإذن =

ويستوى أن يكون الشراء واقعا على كل الحق ، أو واقعا على بعضه . كما يستوى أن يشترى عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصى أو باسم مستعار (١) .

١١٢ ــ جزاء الحظر : ولا شك فى أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلانا مطلقا ، فالنص (م ٤٧١ مدنى) صريح فى هذا المعنى . ولا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير ، وفقا للقواعد المقررة فى البطلان (٢) . ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق فى هذا البيع ، كما سبق القول . ويترتب على بطلان البيع أن المشترى يسترد ما دفعه ثمنا للحق ، ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلى .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام . فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه فى شراء الحقوق المتنازع فيها . واذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلا ، ففى القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة فى حيدة القضاء فى نزاع يقع فى اختصاصه . فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام

= فلا يكفى لابطال البيع ان يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا ان ترفع بشأنه دعوى : نقض مدنى فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٤٠ ص ٣٦٨ .

(٢) كان يشترى باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز اثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٨١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الاولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفا فقرة ١٠٩ فى الهامش) .

راجع نقض مدنى فى ١٩ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٦٣ صفحة ٣٨٢ .

(١) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايضة كما يسرى على البيع ، لان كلا من الوفاء بمقابل والمقايضة تسرى عليه أحكام البيع (انظر الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢) .

العام والأداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (١) .

١١٣ - تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis):

وقد ورد فى التقنين المدنى (م ٤٧٢) نص صريح فى تحريم تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدنى كان وحده يكفى لتحريم شراء المحامى حقا متنازعا فيه لموكله . بل ان النص أوسع من ذلك اذ يحرم على المحامى أن يشترى أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلا عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدنى فهى أضيق من المادة ٤٧١ مدنى من ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هى أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المحامى وكيلا فى الحق المتنازع فيه . وهى أوسع ، لأنها تقضى بأنه متى كان المحامى وكيلا فى الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل فى هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشترى الحق ، ولا أن يقايض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءا من الحق فى مقابل أتعابه ولو تولى الانفاق على التقاضى . والحظر هنا أيضا يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، اذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه فى استخلاص حقه غير كبير ، ويحمله بذلك على قبول

---

(١) ومن ثم فقد قيل ان عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن فى شراء الحق المتنازع فيه لانه الطرف الملوث ، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت ، وما دام البيع باطلا لا يترتب عليه اثر فانه يسترد ما دفعه .

وفى فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدنى المصرى ، فانقسم الفقه الفرنسى بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للابطال . فمن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - هيك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالقابلية للابطال : ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ وهامش ٩ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٧ - جوسران ٢ فقرة ١٠٣١ .

انفـاق يكـون الموكـل فيه مغبونا • ومن ثم يكون التعـامل باطـلا بطلانا مطلقا ، ويستوى أن يتعامل المحامى باسمه او يتعامل باسم مستعار كزوجه آو ولد أو قريب أو صـديق (١) • وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامى تقـدير أتعـابه ، ويرجـع على الموكل بهـا هى وما عسى أن يكون قد أنفقه على التقاضى (١) • كذلك لا يوجد ما يمنع ، اذا انتهى النزاع فى الحق ، أن يتعـامل المحـامى فيه مع موكله السابق بعـد ان اصبح الحق غير متنازع فيه (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٧٢ من القانون المدنى تحظر على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم او باسم مستعار والا كان العقد باطلا ، فاذا كان الثابت من عقد البيع ان الطاعن قد اشـترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا الا اذا ثبت انهمـا كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الاول ، فاذا كان الطاعنان قد تمسكا امام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما اذا كان أسم المشترين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ اغفـل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٩ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٦٣ ص ٣٨٢ •

(٢) اما تعامل المحامى الباطل فى الحق المتنازع فيه فيكـون محـل مؤاخذة تأديبية (انظر الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩) •

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ — وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، هو التطبيق الكثير الوقوع فى العمل ، وهو تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه اذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه pacte de quota litis سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، وسواء تعامل المحامى باسمه أو باسم مسـتعار : م ٦٢٨ من المشروع وهى منقولة عن المشروع الفرنسى الايطالى م ٣٢٣/٣ ، ولا نظير لها فى التقنين الحالى (السابق) • ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المحامى فى الحق الذى كان متنازعا فيه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) •

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان النص فى المادة ٤٧٦ من القانون المدنى على انه « لا يجوز للمحـامين ان يتعاملوا مع موكلهم فى الحقـوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سـواء كان التعـامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلا» . الا انه لايوجد ما يمنع اذا =

وقد كان تعامل المحامى فى الحق الموكل فى النزاع بشأنه محرما على الرأى الراجح ، فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، تطبيقا للمبدأ العام الذى يحرم على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين فى النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدنى الجديد حكما جديدا فى هذا الصدد ، وانما أورد نصا خاصا صريحا فى التحريم (٢) .

٢ — بيع السلم

١١٤ — السلم فى الفقه الاسلامى : لما كان بيع المعدوم باطلا فى الفقه الاسلامى ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شىء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا فى ايجاز ، ملخصا

= انتهى النزاع فى الحق ان يتعامل المحامى فيه مع موكله بعد ان اصبح الحق غير متنازع فيه : نقض مدنى فى ١٢ يونيه سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ قضائية ، لم ينشر .

(١) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ — استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٢ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص ٤١٦ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٥ .

واذا كان التقنين المدنى السابق لم يشتمل على نص صريح فى تحريم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه الموكل فى النزاع بشأنه ، فقد اشتمل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا النص ، اذ تقضى المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتى : « وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه ، أو على أجر ينسب الى قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها . وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقا على الاتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى » .

(٢) ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص يماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى ، ولكن الفقه الفرنسى يحرم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه تطبيقا للمادة ١٥٩٧ مدنى فرنسى وهى التى تماثل المادة ٤٧١ مدنى مصرى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٨) .

عن البدائع (١) «الخطوط الرئيسية فى بيع السلم فى الفقه الاسلامى» ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع فى القانون المصرى • ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أفرد لهذا البيع نصوصا خاصة ، فاننا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك •

يمكن تعريف السلم فى الفقه الاسلامى بأنه بيع شىء غير موجود بالذات بثمن مقبوض فى الحال ، على أن يوجد الشىء ويسلم للمشترى فى أجل معلوم • ويسمى المشترى المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم اليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال ، ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه • على أن للسلم شروطا وقيودا تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه سمة خاصة تجعله استثناء مقيدا فى حدود ضيقة •

فيشترط فى المبيع — المسلم فيه — أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحنطة سقية وسط أو تمر فارسى جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت يسير • فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه • فيجوز السلم اذن فى المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفى العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع فى ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفى الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم الى ذلك ولأنه اذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل فى باب السلم • ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان

---

(١) البدائع للكاسانى ٥ ص ٢٠١ — ص ٢٠٥ •

والجواهر واللآلى والجلود والبطيخ والقثاء والسفرجل والرمان ونحوها ، لانه لا يمكن ضبطها بالوصف ، او يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة . ويجب فى المسلم فيه ايضا ان يكون مما يتعين بالتعيين ، فان لم يكن كالدراهم والدنانير ، لم يجز السلم فيه . لان المسلم فيه مبيع والمبيع يجب ان يتعين بالتعيين ، كما يجب ان يكون المسلم فيه مؤجلا ، حتى لا يجوز السلم فى الحال عند الحنفيه ، وعند الشافعى هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله ان الاجل شرع نظرا للمسلم اليه - البائع - تمكينا له من الاكتساب ، فلا يكون لازما كما فى بيع العين . واحتجت الحنفيه بأن السلم حالا يفضى الى المنازعه لأن السلم بيع المفاليس ، فالظاهر ان يكون المسلم اليه عاجزا عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجه الى الفسخ . وبان الترخيص فى السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمه بيع ما ليس عند الانسان الى الحل يعارض عذر العدم ضروره الافلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصليه . ولو مات المسلم اليه قبل الأجل ، حل الدين . ويجب ان يكون نوع المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت الأجل ، فان لم يكن النوع موجودا عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجودا فيهما لكنه انقطع من أيدى الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعى الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . اما الثمن - رأس المال - فى السلم ، فيجب فيه أيضا بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برنى وسط . ويجب أن يكون مقبوضا فى مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين ، وانه منهى عنه لما روى أن النبى عليه السلام نهى عن بيع الكالىء بالكالىء أى النسيئة بالنسيئه . ويشترط القبض سواء كان رأس المال دينا أو عينا عند عامة العلماء استحسانا ، والقياس ألا يشترط القبض فى المجلس اذا كان

عينا ، وهو قول مالك • وجه القياس ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وانه جائز • وجه الاستحسان ان رأس مال السلم يكون دينا عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم الا نادرا ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين •

ويتبين مما قدمناه ان السلم ، بما احاطه من قيود ، اصبح عقدا خاصا يتميز عن سائر العقود • واهم القيود التى تحيط به أربعه :

١ — يجب قبض رأس المال ، اى الثمن ، فى مجلس العقد •

٢ — يجب أن يكون نوع المبيع موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز ان ينقطع فيما بين هذين الوقتين • وهذا الشرط ، فى رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد مادام نوعه موجودا ، فكأن السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات • ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ورجع ذلك فى الغالب الى الخشية من الضرر ، فان الشىء الذى ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر • فلا يجوز السلم فى ثمر نخلة بعينها لم ينعقد ولا فى محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل فى الثمر جملة وفى المحصول عامة • وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لاباحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات •

٣ — ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك •

٤ — ويجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم فى الحال ، حتى لو ثبت أن المسلم اليه (البائع) قادر على التسليم • ذلك أن طبيعة السلم تقتضى التأجيل الى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء : وهو بيع بأوكس الأثمان ، اذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلا للتسليم مع أنه يقبض الثمن فى الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع فى القيمة والفرق

فى مقابلة الأجل (١) .

١١٥ - السلم فى القانون المصرى : ولم يرد نص خاص ببيع السلم فى التقنين المدنى المصرى . وليس التقنين فى حاجة الى ذلك فقد رأينا أن بيع الشىء المستقبل فيه جائز مادام محتمل الوجود . فيجوز اذن بيع المحصولات المستقبلة وبيع المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد فى الحال ، مادامت توجد فى المستقبل . والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن فى المجلس كما يشترط ذلك فى الفقه الاسلامى ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العدديات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصرى تحتمل من الغرور مالا تحتمله مبادىء الفقه الاسلامى .

وفى القانون المصرى يوجد بيع مؤجل التسليم vente à livrer, marché à terme ويكثر التعامل به فى البورصة ، فى البضائع كالقطن وفى الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه بيع المفاليس . ففى الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع

---

(١) فلو أن السلم فى الفقه الاسلامى تحلل من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن الى وقت تسلم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع الى وقت حلول الاجل حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لامكن القول ان السلم هو الطريق الذى يؤدى الى جواز بيع المعدوم فى الحال فى الفقه الاسلامى ما دام أنه محقق الوجود فى المآل . وقد سارت المذاهب الاخرى غير المذهب الحنفى ، كما رأينا ، شوطا فى محو هذه القيود . فعند مالك لا يشترط قبض رأس المال فى مجلس العقد اذا كان رأس المال عينا لا دينا . ولا يشترط عند مالك والشافعى عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد الى وقت حلول الاجل ، بل يصح السلم فى المعدوم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالقيد الذى لا يزال مستعصيا ، مختلف المذاهب ، هو شرط تعجيل الثمن اذا كان دينا ، ويضاف اليه أن الاجل يسقط بموت البائع .

والمشترى مضاربا على الفرق فى الأسعار ،فتنتهى الصفقة لا الى التسليم عينا بل الى دفع الفرق ، فان ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وان نزل فالفرق يدفعه المشترى • ويعقد البيع على هذا الوجه فى بورصه مرخص بها ، ويحصل بواسطة سماسرة مقيدة أسماؤهم فى قائمه تحررها لجنه البورصه ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) •أما بيع السلم فى الفقه الاسلامى ، فالمفروض فيه أن شخصا يكون فى حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير فى مقابل أن يورد له السلعة فى أجل معين • فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهى الحصول على مال عاجل فى مقابل شىء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهى فى الغالب المضاربة على فروق الأسعار •

١١٦ ـ السلم فى القانون اللبنانى : وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصا خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التى اسلفنا ذكرها فى الفقه الاسلامى ، الا قيد تعجيل الثمن فانه استبقاه ، وأضاف اليه أن يكون اثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للبينة والقرائن •

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن « بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغا معينا من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم اليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة فى موعد يتفق عليه الفريقان • ولا يثبت هذا العقد الا كتابة » • وتنص المادة ٤٨٨ على أنه « يجب دفع الثمن كله الى البائع وقت انشاء العقد » • واذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف فى تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبنانى) • واذا لم يبين مكان

---

(١) انظر المادة ٧٣ من التقنين التجارى ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ •

(٢) فهو ضرب من بيوع الائتمان ، خاصيته ان المبيع لا الثمن هو المؤجل •

التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبنانى) • ويجب أن يكون المبيع معينا بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكيله كالمواد الغذائية ، فان كان مما لا يعد ولا يوزن فيكفى أن يعين بوصفه وصفا دقيقا (م ٤٩٠ لبنانى) •

ثم تنص المادة ٤٩٢ من تقنين الموجبات والعقود على أنه « اذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطا أو تأخر منه ان يسلم ما وعد به ، فللمشترى ان يفسخ العقد ويسترد الثمن الذى اسلفه أو أن ينتظر الى السنه التالية • واذا عرض البائع فى السنه التالية الشىء المعقود عليه البيع ، وجب على المشترى استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد • ويسرى هذا الحكم أيضا اذا كان المشترى قد استلم قسما من المبيع • اما اذا كان الشىء المتعاقد عليه غير موجود ، فتطبق احكام الفقرة الاولى من هذه المادة » •

١١٦ مكرر — السلم فى القانون المدنى الأردنى : اورد التقنين المدنى الاردنى نصوصا خاصة ببيع السلم استمدها من الفقه الاسلامى والتزم فيها بالقيود التى اشترطها الفقهاء من تعجيل الثمن وان يكون المبيع معلوم الجنس والنوع والوصف والمقدار وان يكون مما يتعين بالتعيين وان يكون رأس مال السلم أى الثمن معينا قدرا ونوعا وقت العقد وأن يكون غير مؤجل •

فنص القانون المدنى الأردنى فى مادته ٥٣٢ على تعريف السلم بقوله : « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » ، ونص فى المادة ٥٣٣ على الآتى :

« ١ — ان يكون المبيع من الأموال التى يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم •

٢ — ان يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان ايفائه •

٣ ـ اذا لم يعين فى العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع فى مكان العقد » • ونص فى المادة ٥٣٤ على انه « يشترط فى رأس مال السلم (أى ثمنه) ان يكون معلوما قدرا ونوعا وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام » • ثم نص فى المادة ٥٣٥ على أنه « يجوز للمشترى ان يتصرف فى المبيع المسلم فيه قبل قبضه » • ونص فى المادة ٥٣٦ على انه « اذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الاجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارىء كان المشترى مخيرا بين انتظار وجوده أو فسخ البيع » • ثم عالج التقنين الاردنى حالة وفاة البائع فى السلم قبل حلول أجل البيع فنص فى المادة ٥٣٧ على الآتى « اذا مات البائع فى السلم قبل حلول أجل البيع كان المشترى بالخيار ان شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة أو شاء انتظر حلول الأجل • وفى هذه الحالة يحجز من التركة ما يفى بقيمة المبيع الا اذا قدم الورثة كفيلا مليئا يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله » ، وأخيرا واجه التقنين الاردنى حالة استغلال المشترى فى السلم حاجة المزارع وحمله على بيع محصوله المستقبل بسعر أو بشروط مجحفة فنص فى المادة ٥٣٨ على ما يأتى :

« ١ ـ اذا استغل المشترى فى السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة اجحافا بينا كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب الى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الاجحاف وتأخذ المحكمة فى ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الاسعار العامة وفروقها بين تاريخ العقد والتسليم طبقا لما جرى عليه العرف •

٢ ـ وللمشترى الحق فى عدم قبول التعديل الذى تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقى الذى سلمه فعلا للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء •

٣ ـ ويقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقصد به اسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطا فى عقد السلم نفسه أو كان فى صورة التزام آخر منفصل أيا ما كان نوعه » •

المطلب الثـانى

تعيين المبيـع

١١٧ ـ **كيفية تعيين المبيع** : قدمنا عند الكلام فى تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين •

فاذا وقع البيع على شىء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشىء وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة • فاذا باع شخص دارا ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التى تميزها عن الدور الأخرى • واذا باع أرضا ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) • واذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة • وقد رأينا فيما قدمناه أن المشترى يجب أن يكون أيضا عالما بالمبيع علما كافيا ، ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه (م ٤١٩ مدنى) •

أما اذا كان المبيع غير معين بالذات ، فانه يجب أن يكون معينا بجنسه ونوعه ومقداره (م ١٣٣/١ مدنى) ، فيقال مثلا مائة أردب من القمح الهندى من الصنف الجيد • فاذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (م ١٣٣ / ٢ مدنى) ، كما اذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وان لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقا لحاجة المستشفى أو المدرسة • وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ •

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بالا ضرورة لذكر حدود مادام للمتعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الاطيان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت ايضا بأنه يكفى لتعيين الارض المبيعة ذكر الناحية والحوض ورقم القطعة دون بيان حدود الارض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .

من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب ان يكون الصنف متوسطا ، فلا يكون جيدا حتى لا يغبن البائع ، ولا يكون رديئا حتى لا يغبن المشترى (م ١٣٣/ ٢ مدنى) (١) .

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع اذا لم يكن معينا بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزافا . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيتعين بوصفه وصفا يميزه عن غيره تمييزا مانعا من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معينا أن يكون مجموعا من المال كما في بيع التركة .

فنبحث على التوالى :

١ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف .

٢ البيع بالعينة .

٣ - بيع التركة .

١ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure—vente en bloc)

١١٨ - كيف يكون البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع اذا كان من المثليات ، وجب أن يعين وزنا أو كيلا او مقاسا أو عددا . فاذا باع شخص من آخر مائة كيلو من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٥٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا لم يتعين الشيء المبيع الا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معينا تعيينا كافيا ، عددا او وزنا أو كيلا أو مقاسا » . ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨/٢٦١ من التقنين المدنى السابق ، وكانت تجرى على الوجه الاتى : « فاذا كان المبيع معينا بالنوع فقط ، لا يكون البيع معتبرا الا اذا كان التعيين يطلق على اشياء يقوم احدها مقام الآخر ، وكان المبيع معرفا بالوجه الكافى عددا أو قياسا أو وزنا أو كيلا بحيث يكون رضاء المتعاقدين المبنى عليه صحيحا » . ولا فرق فى الحكم بين النصين . وقد حذف نص المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة لان حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ فى الهامش) .

ستين أردبا من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو مائتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد .

ونرى من ذلك أن المبيع اذا احتاج فى تعيينه الى وزن أو وكيل او مقاس أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين الا بعد أن يقدر وزنا أو وكيلا أو مقاسا أو عددا . ويتم التقدير فى المكان والزمان المتفق عليهما ، واذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف ، والا ففى مكان تسليم المبيع وفى الوقت الذى يجب فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع — الوزن أو الكيل او المقاس أو العد — واقعا من البائع أو نائبه بمحضر من المشترى أو نائبه (١) .

واذا وجدت زياده بالمبيع المعين بالذات أ ا لمبين المقدار فى عقد البيع ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها ، فان العبرة فى معرفة احقية المشترى فى أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم احقيته فى ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدنى هى بما اذا كان ثمن المبيع قدر جملة واحدة أم أنه قد حدد

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥٣ — فقرة ٨٦٠ — ويصح تبعا للعرف أن يكون اثبات افراز المبيع بوضع علامة على أكياس القطن مثلا . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والعد عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشترى أو نائبه ، كما اذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك ، أو سلم المبيع الى عامل النقل فان هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمنى بين البائع والمشترى على أن التقدير يتم بتسليم المبيع الى عامل النقل ، وهذا ما لم يشترط المشترى أن التسليم لا يتم الا بعد وصول البضاعة اليه وتسلمها من عامل النقل . انظر فى هذه المسألة : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانيا — بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥٧ — فقرة ٨٦٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٥ .

بحساب سعر الوحدة (١) .

١١٩ — كيف يكون البيع الجزاف — نص قانوني : واذا كان الشيء مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكن المبيع لا يحتاج فى تعيينه الى تقدير بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف (٢) . فاذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التى توجد فى مخزنه ، وعين المخزن تعيينا كافيا ، فان البيع لا يكون فى هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جزافا (٣) .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ صفحة ٤١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من اوراق الدعوى ان الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على ان يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى ان يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن اتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الاولى والف من المنطقة الثانية ، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية ان المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد ادنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وان مقدارى الالف والخمسمائة والالف طن لم يرد فى اوراق التعاقد الا لتحديد الاتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمنا او ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته — مهما كان قد ورد فيه من الفاظ (المؤجرة) و (الايجار) والمستاجر — انه عقد معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة الى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الاتاوة، وينبنى على ذلك اعتباره — وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم — بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع اقل مما امله المشترى : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٢٨ صفحة ٣٦٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزونه والناتج من زراعاته المعينة فى العقد وقد عاينه المشترى فى المخزن المودع به ، كان التكييف الصحيح لهذا البيع انه بيع جزاف لا بيع شيء معين بنوعه ولا ينفى عن هذا البيع وصف الجزاف لكون المبيع قد قدر بالعقد تقديرا تقريبيا بمقدار معين قابل للعجز والزيادة ، ولا يكون لهذا التقدير اثر الا فى مسالة الضمان : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢ .

ويكون البيع جزافا أيضا حتى او باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن أو أى جزء شائع ، فيكون للمشترى هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن (١) .

ويبقى البيع جزافا كذلك اذا هو باع كل مافى المخزن أو جزءا شائعا منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما اذا باع كل مافى المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، واذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

ومادام المبيع لا يحتاج فى تعيينه الى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن الى التقدير (٣) ، فاذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فان البيع فى هذه الحالة يكون بيعا جزافا ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه الى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وان احتاج الثمن الى تقدير لأنه لم يعين الا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب الى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده الى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج الى ذلك . ويقول أصحاب هذا الرأى انه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن اذ هو لم يتعين ، والذى يتم انما هو عقد غير

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ — ص ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤٣ — بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٠ — شبين الكوم ٢٢ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

مسمى وليس بعقد البيع • والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير منعدم ويكفى اذا لم يكن معينـــا أن يكون قابلا التعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (١) • وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، فنصت المادة ٤٢٩ منه على أنه « اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحـــو الـــذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحـــديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » (٢) •

---

(١) واذا اخذنا بالرأى الاول فى القانون الفرنسى ، فان تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى الا بعد تقدير الثمن • ومن القائلين بهذا الرأى ماركاديه م ١٥٨٥ – م ١٥٨٦ فقرة ١ – فقرة ٣ – هيك ١٠ فقرة ١٨ – بودرى وسينيا فقرة ١٤٨ – فقرة ١٥٠ – أما اذا أخذ بالرأى الثانى ، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشـــترى تبعة الهلاك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى ، وتنتقل ملكية المبيع الى المشترى فى القانونين • ومن القـــائلين بهذا الرأى : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ وهامش رقم ٤٣ – جيوار ١ فقرة ٣٠ – بيدان ١١ فقرة ١٦١ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ – كولان وكابيتان ٢ ص ٥٦٠ – الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ – الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٣٣ • والقضاء الفرنسى أخذ بعد تردد بالرأى الثانى (انظر الاحكـــام فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفقرة ٨٥١) •

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب الى أن المبيع اذا كان جزافا والثمن هو الذى يحتاج الى تقدير ، فملكية المبيع الجزاف تنتقل الى المشترى بمجرد العقد ، ولكن تبعة الهلاك تكون على البائع وفقا للمـــادة ١٥٨٥ فرنسى فهى تجعل تبعة الهلاك على البائع فى المبيع بالتقدير ولا تعرض لانتقال الملكية (ديرانتون ١٦ فقرة ٩٢ – ديفرجيه ١ فقرة ٨٣ وما بعدها – لوران ٢٤ فقرة ١٣٩ – كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانيا) •

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – ينقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشىء المبيع وفقـــا للمـــادة ٢٨٠ اذا كان هذا الشىء معينا بالذات • أما اذا كان الشىء لم يعين الا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية الا بفرزه وفقا للمادة ٢٨١ • ٢ – اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشـــترى كمـــا تنتقل فى الشىء المعين بالذات • ويكون البيع جزافا حتى لو كان واجبا فى تحديد الثمن أن يقدر المبيع • » وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الاولى لانها مســتفادة من القواعد العـــامة ، واصبحت المادة رقمها ٤٤٢ فى المشروع النهائى • ووافق مجلس النـــواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ =

ونرى من ذلك أن البائع اذا باع مثلا عشرين أردبـا من القمح - سواء من القمح الموجود فى مخزنه أو من أى قمح آخر يصفه وصفا كافيا - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن الى تقدير بأن جعـل سـعر الأردب خمسة جنيهات مثلا ، أو قدر جزافا بأن جعل ثمن العشرين الأردب خمسة جنيهات مثلا ، أو قدر جزافا بأن جعل ثمن العشرين الأردب مـائة

= ص ٤٤ - ص ٤٦)

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الاتى : اذا كان البيع جزافا فيعتبر تاما ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٣٠٧/٢٤١ ، وكانت تجرى على الوجه الاتى : اما اذا كان البيع ليس جزافا ، بل كان بالوزن او بالعدد أو بالكيل أو بالمقياس ، فلا يعتبر البيع تاما ، بمعنى ان المبيع يبقى فى ضمان البائع الى ان يوزن أو يكال أو يعد او يقاس - والمادة ٣٣٨/٢٦٨ ، وكانت تجرى علىالوجه الاتى : لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للمشترى . ويلاحظ ان التقنين المدنى السابق وقع فيه خطآن : (اولا) قرر ان المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى ضمان البائع الا الى وقت الفرز ، والصحيح انه يبقى فى ضمان البائع الى وقت التسليم . (ثانيا) قرر ان المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته الا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالعقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١ ، وتجرى على الوجه الآتى : اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، واما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية الا بالافراز (والحكم واحد فى التقنين العراقى ، والمصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد الاتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ اما جزافا وهو الذى يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، الا اذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن ... م ٣٨٩ - ان البيع جزافا يعدتاما منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع والثمن ، وان لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء م ٣٩٠ - اذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس ، فان المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يتم الوزن أو العد او القياس . وانظر أيضا المادة ٣٩٧ . (والاحكام واحدة فى التقنين اللبنانى والمصرى) .

جنيه جملة واحدة . واذا باع كل القمح الذى فى مخزنه أو جزءا شائعا منه ، فان البيع يكون جزافا ، سواء قدر الثمن جزافا بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة ، أو احتاج الى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات . فالعبرة فى بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافا أو احتاج الى تقدير (١) .

١٢٠ — أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له اهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع الى المشترى . ففى بيع الجزاف تنتقل ملكية المبيع الى المشترى بمجرد انعقاد البيع كما فى سائر البيوع (٢) . اما فى بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع ، ولكن تنتقل بافراز المبيع وزنا أو كيلا أو مقاسا أو عدا على الوجه الذى قدمناه فالافراز لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، لأن الملكية لا يتصور انتقالها الا فى شىء معين بالذات ، ولا يتعين المبيع بالذات فى بيع التقدير الا بالافراز . ولما كان الافراز يتم عادة وقت التسليم ، فان العمليتين — الافراز والتسليم — تختلطان احداهما بالأخرى ، ويبدو أن الذى ينقل الملكية هو التسليم . لكن اذا تاخر التسليم عن الافراز ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ان التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى فى كل منهما وتعيين ما اذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . واذ اقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشترى فى اخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا مع انه ليس من مؤدى ذلك حتما اعمال حكم هذه المادة ومناطة ان يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فان الحكم يكون قاصر البيان : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ صفحة ٤١٨ .

(٢) فاذا وقع بيع الجزاف على عقار ، كبيع قطعة ارض محددة تؤخذ من مجموع اكبر ، فان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل . وقد يباع العقار بالتقدير ، كما فى بيع الف متر مثلا تفرز من قطعة ارض معينة (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩) . فلا تنتقل الملكية الا بعد الافراز والتسجيل .

فان الملكية تنتقل بمجرد تمام الافراز وقبل أن يتم التسليم (١) ٠

ويستخلص مما تقدم أنه اذا باع شخص القمح الذى فى مخـزنه ، سواء بسعر اجمالى أو بسعر الوحدة ففى هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود فى المخزن الى المشترى بمجرد انعقاد المبيع (٢) ٠ أما اذ باع عشرين أردبا من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة ، سواء باعها بسعر اجمالى أو بسعر الوحدة ، فان ملكية العشرين الأردب لا تنتقل الى المشترى الا عند افراز هذا المقدار واعداده للتسليم ، سواء سلم للمشترى أو لم يسلم (٣) ٠

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع فى بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - كبيع قطيع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولا - من وقت انعقاد البيع تكون للمشترى ، اذ أن هذه الزيادة طرأت على ملكه ، أما فى بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشترى الا بعد الافراز ، اذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك (٤) ٠

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ فى الهامش ٠

(٢) فاذا باع شخص محصول أرضه جزافا مرتين متعاقبتين لشخصين مختلفين ، فالبيع الاول هو الذى ينقل الملكية ، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠) ٠

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان المبيع جزافا فان الملكية فيه تنتقل الى المشترى بمجرد تمام العقد طبقا للمواد ٤٢٩ و٢٠٤ و٩٣٢ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢ ٠

(٣) فاذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافا ، وبعد جنى القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشترى حجز عليه أحد دائنى البائع ، فالحجز يقع صحيحا ، لان ملكية القطن لم تكن وقت توقيع الحجز قد انتقلت الى المشترى (استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٤٢ ص ٤٨٦) ٠

(٤) ويترتب أيضا على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشترى اذا استولى =

١٢١ — أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل تبعة الهلاك : وهناك وجه آخر لاهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان القانون الفرنسى يجعل تبعة هلاك المبيع على المشترى بمجرد انتقال الملكية اليه ولو قبل التسليم ، فان تبعة هلاك المبيع فى بيع التقدير لا يتحملها المشترى الا بعد افراز المبيع اى بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصا باع عشرين أردب من القمح الذى فى مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل افراز المبيع ، فان العشرين الاردب الداخلة فى القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشترى لانها لم تكن قد فرزت ، ويتحلل المشترى من دفع الثمن (١) . اما اذا باع صاحب المخزن جميع القمح الذى فى مخزنه جزافا ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فانه يهلك على المشترى لا على البائع ، اذ انتقلت تبعة الهلاك اليه بانتقال الملكية ، فيبقى

= على المبيع خفيه بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكبا لجريمة السرقة، واذا افلس البائع قبل التقدير دخل المبيع فى التفليسه ، واذا نزعت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التعويض من حق البائع لا من حق المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٧٣ هامش رقم ٤ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقره ٨٦ — الاستاذ عبد المنعم البداروى فقره ١٦٥) . ويعتبر الاشتراك فى المياه والغاز والنور وما الى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير ، لان الذى يحتاج الى تقدير هو الثمن لا المبيع . ويترتب على ذلك أن المشترى يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥١) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض دون ضرر — كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعى — فان ما يستولى عليه المشترى زيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائدا عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولايسرى فى شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٤٢ ص ١٧٧٧ .

(١) وهذا بخلاف ما اذا باع عشرين اردبا وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل انها من القمح الموجود بالمخزن ، فاذا احترق المخزن بقى البائع ملتزما بتسليم المشترى عشرين اردبا من القمح بالاوصاف المتفق عليها ، ولا يعد احتراق القمح فى المخزن هلاكا للمبيع (بودرى وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١٥٠) .

ملتزما بدفع الثمن للبائع (١) •

أما فى مصر فسنرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشترى ، حتى لو انتقلت الملكية الى المشترى • فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء فى بيع الجزاف أو فى بيع التقدير قبل الافراز أو بعده ، يكون فى القانون المصرى على البائع ، فلا اهمية اذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه • لكن الأهمية تظهر فيما اذا أعذر البائع المشترى لتسليم المبيع ، فان تبعة الهلاك بعد الاعذار تكون ، حتى فى القانون المصرى ، على المشترى لا على البائع • فلو باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه جزافا ، وأعذر المشترى ليتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشترى ، فالهلاك على المشترى لا على البائع • ولو باع شخص عشرين أردبا من القمح الذى فى مخزنه ، ثم أعذر البائع المشترى ليحضر الافراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الافراز ، فان تبعة الهلاك فى بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشترى ، لأن المبيع لم يتعين بالافراز فيهلك على البائع •

١٢٢ — لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انشاء الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشىء التزامات شخصية فى جانب كل من المتبايعين • فبيع التقدير حتى قبل افراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن اذا كان لا يتحدد الا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقدا غير مسمى • فينشىء عقد

---

(١) هيك ١٠ فقرة ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ١٤٩ — وتبقى الصعوبة العملية فى تقدير الثمن ، وقد يكون متوقفا على تقدير القمح وقد استحال لاحتراقه • وعلى البائع عبء اثبات مقدار القمح الذى احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق فى ذمة المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص٣٧٤) •

البيع هذا جميع الالتزامات التى ينشئها البيع . ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف فى ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

ففى بيع التقدير ، كما فى بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفيه ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبحضور افراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصا باع من آخر عشرين أردبا من القمح ، كان للمشترى اجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى) . وكان للبائع اجبار المشترى على تسلم المبيع ودفع الثمن . وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات ، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع اذا تحقق سبب الفسخ (١) .

٢ — البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها » .

« ٢ — واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ — ويعقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، ينقلب بيعا بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ينقلب بيعا باتا بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجأ الى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٦٦) .

خطـأ ، كان على المتعاقد بائعا كان او مشتريا أن يثبت ان الشيء مطابق للعينه أو غير مطابق » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفــق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنيه العربية الأخــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٨ ــ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٩ ــ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥١٨ ــ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٤٤ ــ وفى التقنين المدنى الكويتى المــادة ٤٥٧ ــ وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٤٦٨ و ٤٦٩ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب مما اسـتقر عليه فى التقنين المدنى الجــديد ، ببعض فروق لفظيه . وقد ازيلت بعض هذه الفروق فى لجنة المراجعه ، واصبح النص رقمه ٤٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشــيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد ازاله بقية الفروق اللفظية (مجموعه الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١ وص ٢٢ ــ ص ٢٤) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٨٨ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدنى المصرى ــ انظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٤٦ ــ فقرة ٥٤) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٠٩ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥١٨ : ١ ــ الاشياء التى تباع على مقتضى نموذجها ، تكفى رؤية النموذج فيها . فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه ، كان المشترى مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى او رده بفسخ البيع . ٢ ــ فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد احد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والاحكام واحدة فى التقنينين العراقى والمصرى ، فيما عدا ان جزاء عدم المطابقة للنموذج فى القانون العراقى الفسخ أو الاخذ بالثمن المسمى ، أما فى القانون المصرى فالفسخ أو انقاص الثمن أو اجبار البائع على تقديم شيء مطابق للعينة ــ أنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ ــ ٨٠ ــ الاستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنــانى : م ٤٤٤ ــ اذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبائع يضمن وجود صفات النموذج فى البضاعة المبيعة . واذا هلك =

١٢٤ ـ العينة طريق لتعيين المبيع : قد يختار المتبايعان طريقا دقيقا لتعيين المبيع ، فيتقدم أحدهما ـ ويكون غالبا هو البائع ـ بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها . فيعطي بائع القماش مثلا للمشترى عينة من القماش الذى يبيعه اياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشترى حتى يضاهى عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (١) .

والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه (٢) فهى المبيع مصغرا ،

= أو ناله عيب ، فعلى المشترى أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أن عبء اثبات عدم المطابقة للنموذج فى حالة هلاكه تقع دائما ، فى التقنين اللبنانى ، على المشترى ولو كان النموذج فى يد البائع وضاع أو تلف ، وفى التقنين المصرى يكون عبء اثبات المطابقة فى هذه الحالة على البائع) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٧ : ١ ـ اذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها . ٢ ـ فاذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ، كان عليه اثبات المطابقة أو المغايرة ، ولو كان التلف او الهلاك بغير خطئه .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع ماورد بالتقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٦٨ : ١ ـ اذا كان البيع بالنموذج يكفى فيه رؤيته ووجب ان يكون المبيع مطابقا له . ٢ ـ فاذا ظهر انه غير مطابق له فان المشترى يكون مخيرا ان شاء قبله ون شاء رده .

م ٤٦٩ : ١ ـ اذا اختلف المتبايعان فى مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأى لاهل الخبرة ، واذا فقد النموذج فى يد أحد المتبايعين فالقول فى المطابقة او المغايرة للطرف الاخر ما لم يثبت خصمه العكس . ٢ ـ واذا كان النموذج فى يد ثالث باتفاق الطرفين فقد وكان المبيع معينا بالذات ومتفقا على انه هو المعقود عليه فالقول للبائع فى المطابقة ما لم يثبت المشترى العكس ، وان كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على انه هو المعقود عليه فالقول للمشترى فى المغايرة ما لم يثبت البائع العكس .

(وهذان النقضان يتفقان فى الحكم مع ما ورد بالتقنين المصرى مع تفصيل فى بيان قرائن خاصة تراعى فى حالات فقد او تلف النموذج أو العينة) .

(١) انظر البيع بالنموذج فى الفقه الاسلامى ابن عابدين ٤ ص ١٠١ ـ الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٢ .

(٢) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين ان كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذا سليما فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الاوصاف التى يتميز بها • وهى فى الوقت ذاته تعنى عن رؤية المبيع ، اذ ان المشترى برؤيته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع • وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدنى) تاليا للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدنى) • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٤٢٠ : « هذا النص جديد لا نظير له فى التقنين الحالى (السابق) ؛ وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج • وقد يحدث ان المشترى لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق » (١) •

والمشترى هو الذى يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع (٢) •

١٢٥ — وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يجىء المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة ، وللمشترى ان يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وان جاز ان يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد • ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من ان العقد قد تم على عينة معينة وان العاقد قد عاينها : نقض مدنى فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٥ صفحة ٣٤٦ •

كما قضت محكمة النقض بان تفهم نية المتعاقدين لمعرفة ان كانت قد اتجهت الى البيع بالعينة أم الى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى اقام قضاءه فيها على استخلاص سليم : نقض مدنى فى ١٦ اكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٧ ص ٣٤٦ •

مطابقا لها (١) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفا أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقا للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئا يخالفها ولو كان أفضل (٢) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقا للعينة لا يستطيع المشترى رفضه ، ولو وجده غير ملائم لحاجته (٣) . بل ليس للمشترى ، فى الأشياء التى تجرب عادة أو تذاق ، أن يرد المبيع المطابق للعينة ، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فمادام المبيع مطابقا للعينة وجب على المشترى قبوله (٤) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية فى المبيع (٥) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فيما اذا كان المبيع مطابقا لها أو غير مطابق ، فان البائع هو الذى يحمل عبء اثبات أن المبيع مطابق للعينة (٦) . ويجوز الالتجاء الى الخبراء فى ذلك ولكن رأى الخبير غير

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى نصت على انه « اذا كان البيع بالعينة وجب ان يكون مطابقا لها» ومؤدى ذلك ان يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شىء مطابق للعينة المتفق عليها ، فاذ لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن : نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٦٧ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٣) نقض مدنى ١٩ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

(٦) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ — ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى اذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف باثبات عدم مطابقة المبيع للعينة (١٢ ابريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type).

ففى البيع الاول يجب أن يجىء المبيع مطابقا كل المطابقة للعينة ، اما فى البيع الثانى فيكفى أن يشتمل المبيع على العناصر الاساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحا للغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣) . وانظر الاستاذ انور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

ملزم للقاضى (١) .

١٢٦ ـ جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة : قدمنا أن المبيع اذا لم يجىء مطابقا للعينة ، لم يجبر المشترى على قبوله . وينفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولا ـ يستطيع ان يطالب بالتنفيذ العينى ، فيجبر البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابقا للعينة (٢) . بل يستطيع المشترى أن يحصل على شىء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضى ، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى) .

ثانيا ـ ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى ، أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شىء مطابق

---

(١) بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشترى ملزما بمجرد تسلم البيع أن يضاهيه على العينة وان يخطر البائع بعدم مطابقته لها فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسلم البيع ، فان هذا الالتزام انما يقوم فيما بين متسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقا لاحكام المادة ٩٩ من التقنين التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المعينة فاسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت ان المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة طالما انها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة : (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ صفحة ٦٥٩) .

(٢) ذلك اننا نعتبر العينة طريقا من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينة بيع بات (أنظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٨) ، وليست مطابقة المبيع للعينة شرطا واقفا أو شرطا فاسخا يعلق عليه البيع حتى يقال انه اذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ . انظر مع ذلك فى أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط فاسخ الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٨ ص ٦٢ ـ ص ٦٣ ، أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤ .

للعينة (١) • ويجوز فوق ذلك أن يطلب المشترى من البائع تعويضا عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه ، وذلك وفقا للقواعد العامة •

ثالثا ــ ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى أو المطالبة بالفسخ ، أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب انقاص الثمن اذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشىء المطابق للعينة (٢) •

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مسئول عن مطابقة المبيع للنموذج • فان اختلت هذه المطابقة ، جاز للمشترى أن يرفض تسلم المبيع ، وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه • وتتفق التقنينات الاجنبية فى هذا الحكم : أنظر التقنين اللبنانى ٤٤٤ ، والتقنين الألمانى م ٤٩٤ ، والتقنين البولونى م ٣٢١ ، والتقنين البرازيلى م ١١٣٥ ، والتقنين الصينى م ٣٨٨ ، والتقنين السوفيتى م ٢٠١ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية تنص على انه « تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لاحكام هذا القرار » ، ولا يتأدى من ذلك النص ان المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته اياه فانه يمتنع عليه بعد ذلك ادعاء ان المبيع كان بيعا بالعينة ، ذلك انه وان كان المشترى يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة الا انه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الوسائل للعينات المستخرجة منها • فاذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن : نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٦٧ •

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٦ ـ ولكن المشترى ، وان جاز له اختيارا قبول المبيع مع انقاص الثمن ، لا يمكن اجباره على هذا القبول • وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته الا اذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه اذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فان كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشترى (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩) • ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان الفرق بين المبيع والعينة طفيفا ولا يؤثر فى جودة المبيع أو فى صلاحيته ، لم يكن هناك وجه الا لتنقيص الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٨٦ ـ انظر أيضا الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٦) •

١٢٧ - اثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتبايعين الى اثبات العينة اذا نازع فيها المتبايع الآخر ، وتعرض مسألة الاثبات فى فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب اثباته هو ذاتية العينة ، فهى فى يد المشترى أو فى يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هى ذاتها العينة المتفق عليها . وفى هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت فى يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء اثبات أن الشىء الذى فى يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفى لاثبات ذاتية العينة (٢) .

(والفرض الثانى) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ولو دون خطأ من أحد . فان كان ذلك وهى فى يد المشترى ، كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فان البائع لا يد له فى ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشترى العكس . وان كانت العينة فى يد البائع ، وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى

= وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته الا اذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بانه اذا امتنع البائع ان يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه ان يورد ما يستطيع الحصول عليه ، فان كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشترى : نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٦ ص ٣٤٦ .

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد اخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمبدأ ان من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويعنى التقنين السويسرى (م ٢٢٢) بتحديد من يكلف باثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشترى ، وعلى الطرف الاخر أن يثبت العكس . وقد آثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة فى الاثبات (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣) .

البائع أن يثبت المطابقة • ويكون الاثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن (١) •

٣ ـ بيع التركة

(vente d'hérédité)

١٢٨ ـ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« من باع تركة دون أن يفصل مشملاتها لا يضمن الا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك »•

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتى :

« اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات لنقل كل حق اشتملت عليه التركة • فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات » •

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتى

« اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » •

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتى :

« يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ ـ وقد يهلك المبيع ـ لا العينة ـ بسبب أجنبى وهو فى يد المشترى ، فعلى المشترى اثبات أن هلاك المبيع كان بسبب اجنبى وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعند ذلك لا يكون البيع قد انعقد ، ويكون الهلاك على البائع (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢) •

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٤٤٤) يجعل عبء الاثبات على المشترى دائما ، دون تمييز بين ما اذا كان النموذج قد هلك فى يد المشترى أو فى يد البائع (أنظر آنفا ص ١٢٣ فى الهامش) •

كل ما يكون دائنا به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٥٠ / ٤٣٨ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٤٤١ — ٤٤٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤٦٢ — ٤٦٥ ، ولا مقابل لها فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٤٧٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ فى المشروع النهائى . ثم اقره مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ فى المشروع النهائى . ثم اقره مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

م ٤٧٥ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع العبارة الاتية فى المشروع التمهيدى : « اذا كان البائع قد قبض غلة بعض أعيان التركة » . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الحذف تعديلا لفظيا ، واصبحت المادة رقمها ٥٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ — ص ٢١٢) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع ورد فيه : « يرد المشترى للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة » . فعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة الى العبارة الاتية : « ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة » ، وهى أكثر دقة ، فان البائع انما يرجع بدينه على التركة ولا يسترده من المشترى . واصبحت المادة رقمها ٥٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النوب : فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ — ص ٢١٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل فى بيع استحقاق التركة ما لها من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(وأحكام التقنين السابق والجديد واحدة) .

والعقود اللبنانى ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٥١٦ ـ ٥١٩ ، ولا مقابل لها فى التقنين المدنى الأردنى (١) •

١٢٩ ـ صور مختلفة لبيع التركة : ليس المقصود من بيع التركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالى فى التركة ، بل يجب فى القليل أن يبيع حصة فى التركة موجودة ولا يستطيع ذلك الا اذا ضمن للمشترى أنه وارث • فاذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة فى مجموع من المال بعد أن تستنزل منه ديون التركة فان الوراث لا تنتقل اليه هده الديون• وهو فى الوقت ذاته يبيع تركة مفتوحة لا تركة مستقبلة ، فقد رأينا أن التعامل فى التركات المستقبلة باطل • ومن ثم وجب أن نستبعد من هذا صورا ثلاثا : ١ ـ بيع حق احتمالى فى تركة دون ضمان صفة الوارث • ٢ ـ بيع تركة مستقبلة • ٣ ـ بيع عين بالذات من أعيان

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٤١ ـ ٤٤٤ (مطابقة للمواد ٤٧٣ ـ ٤٧٦ من التقنين المدنى المصرى ـ وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٦٢ ـ ٤٦٥ (مطابقة للمواد ٤٧٣ ـ ٤٧٦ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الاخذ فى العراق بالاحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة • انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون ص ٣٧٨ ـ ص ٣٨٣ ـ وص ٣٨٩ ـ ص ٤٠٢) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل فيه • ويمكن الاخذ أيضا فى لبنان بالاحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة •

التقنين المدنى الكويتى م ٥١٦ : من باع تركة أو حصة فيها دون تفصيل لمشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته لما باعه ما لم يتفق على غير ذلك •

م ٥١٧ : اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب ان يرد للمشترى ما استولى عليه وقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد •

م ٥١٨ : يرد المشترى للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره • ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق على التركة ، (وهذه النصوص تتفق مع ما ورد بالتقنين المصرى ، مع ملاحظة أن التقنين الاخير تطلب فى المادة ٤٧٤ استيفاء الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة وذلك للاحتجاج ببيع التركة فى حق الغير) •

التركة ، فهذا غير بيع التركة التى هى مجموع من المال لا أعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل التركة (١) ، وسنبحث فى مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : ١ ـ بيع الوارث حصة فى التركة لأجنبى غير وارث . ٢ ـ بيع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

ا ـ بيع الوارث حصته فى التركة لأجنبى غير وارث

اولا ـ حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ ـ **التزامات من الجانبين** : ينعقد هذا البيع بالتراضى كسائر البيوع فاذا ما انعقد صحيحا ، رتب التزامات فى ذمة الوارث البائع ، والتزامات مقابلة فى ذمة المشترى الأجنبى . وهى بوجه عام الالتزامات التى تترتب فى كل بيع .

فالتزامات الوارث البائع هى نقل ملكية حصته فى التركة الى المشترى ، وتسليمها اياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشترى هى دفع الثمن ، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة ، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائنا به للتركة .

١٣١ ـ **نقل ملكية الحصة المبيعة للمشترى** يلتزم البائع بنقل ملكية حصته فى التركة ـ أو جزء منها ـ للمشترى . والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال (universalité) ، لا مال معين بالذات (٣) .

---

(١) الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو اعم من التخارج المعروف فى الشريعة الاسلامية ، فان التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة ، اما هذا البيع فقد يكون لوارث او لغير وارث » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨) .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق فى تركة يجب أن ينصب على مجموع من الاموال المختلفة ، فاذا باع الوارث استحقاقه فى شىء معين أو فى اشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشترى بدون =

ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع ، ويحل المشـــترى محل الوارث فى حصته (١) ، ولا حاجة فى ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت الحصـــــة المبيعة على عقار • ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات الى المشترى ، حتى فيما بين الطرفين ، الا بالتسجيل (٢) • والى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدنى عندما تقول : « فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيمـا بين المتعاقـدين ، وجب أيضـا أن تسـتوفى هـذه الاجراءات » • أما المنقولات بذواتها فتنتقل ملكيتها الى المشترى بمجرد البيع ، فيصبح المشترى مالكا فى الشيوع مع بقية الورثة للمنقـولات الموجودة فى التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حـاجة فى ذلك الى التسليم • واذا كان فى التركه حقوق شخصيه فى ذمة مدينيها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضا الى المشترى يملكها شائعة مع بقية الورثـة

= حاجة الى قسمة التركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق فى تركة ، بل يعتبر بيعا عاديا (١٩ فبراير سـنة ١٩٣٠ المجمـوعة الرسـمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨) •

(١) وذلك من وقت البيع دون أثر رجعى (انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits succes فقرة ٨٥) • واذا كان المشترى يحل محل الوارث فى ملكية حصته ، فانه لا يحل محله فى صفته كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظا بهذه الصفة • وقد تترتب اثار على احتفاظ الوارث البائع بصفة الوارث ، كما اذا كان المورث مؤمنا لمصلحة ورثته أو منشـئا لوقف جعل ورثته فيه مستحقين ، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق فى مبلغ التأمين أو يبقى مستحقا فى الوقف ، ولا تنتقل حقوقه هذه مع حصته التى باعها للمشترى الاجنبى (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ ـ الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩٣ ص ٣١٦) • ولا يصبح المشترى بشرائه حصة الوارث وارثا ، فان صفة الوارث لا تنتقل اليه كمـا قدمنا • ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت باعت حصتها فى الميراث لابنها ، فان ابن البنت لا يصبح فرعا وارثا ولا يحجب ابن العم مثلا •

انظر فى أن صفة الوارث لا تنتقل الى المشترى المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ ـ وفى أن الوارث البائع يبقى محتفظا بصـفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩ ـ أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧١ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ •

(٢) المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ ـ ويسبق ذلك تسجيل اشهاد الوراثة (الاسـتاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢) •

بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضا الى اعلان مدينى التركة أو قبولهم ، فان الحوالة تنقل الحق الى المحال له دون حاجة الى اعلان المدين أو قبوله . وسنرى أن هذا الاعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة فى حق مدينى التركة وفى حق الغير (١) .

أما اذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل الى المشترى كما تنتقل الديون فى حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهى ألا تركة الا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون الى الوارث . فالمشترى ، عندما اشترى حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التى على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئا من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فاذا وفيت الديون جميعا خلص للمشترى حصة الوارث التى اشتراها ، دون أن ينتقل اليه شىء من هذه الديون (٢) .

١٣٢ — تسليم الوارث البائع مشتملات حصته للمشترى : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته فى التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك الى المشترى . ويدخل فى ذلك جميع الثمرات والريع والمنتجات التى نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة الى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فان كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشترى . ويدخل أيضا — ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف — ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التى للتركة (٣) ، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .

(٢) وفى القانون الفرنسى أيضا لا تنقل الديون الى المشترى ، بل يبقى الوارث مسئولا عنها ويرجع بها على المشترى . ولكن ليس ذلك لان ديون المورث لا تنتقل الى الوارث ، فهى تنتقل اليه فى القانون الفرنسى ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الاحياء من الوارث الى المشترى لان حوالة الدين غير معروفة فى القانون الفرنسى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits succes فقرة ٦٢) .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ .

من مشتملات التركة للغير قبل أن يبيع حصته (١) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصى (٢) . وهذا مـا نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدنى ،فهى تقول كما رأينا : « اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الدين أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ، ما لم يكن عنـد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما اذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشىء من مشتملاتها . فالأصل أن يرد قيمتها للمشترى (٣) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئا .

ويلتزم الوارث أن يسلم المشترى مشتملات حصته فى الحالة التى تكون عليها وقت بيع الحصة ، لا وقت موت المورث أى وقت افتتـاح التركة . واذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات واصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشترى ، اذ هى قد دخلت فى الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركـة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشترى ، فقد اعتد به عند حساب

---

(١) أما بعد بيع حصته ، فانه لا يستطيع أن يبيع من أجنبى شيئا من مشتملات التركة . هذا ولا يرد الا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لانه وقت أن باع كان يبيع ما يملك اذ لم يكن قد باع حصته من التركة ، فلا يكون مسئولا الا عما قد جناه من الكسب أى الثمن الذى قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٢) انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits succes فقرة ٧٣ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٠ .

(٣) فقد استفاد منها ، اذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ - وأنظر أيضا : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits succes فقرة ٧٤ - الاسـتاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٩ ص ٦٣٣ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٢ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤ - الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

الثمن (١) • كذلك اذا كانت مشتملات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحمله المشترى ، لأن هذا الهلاك أو التلف لابد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن • ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبى أو بخطأ من الوارث ، ففى الحالتين قد دخل فى الحساب (٢) •

واذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث ، فان هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود الى الوجود وينتقل الى المشترى سواء كان الحق شخصيا أو عينيا • مثل الحق الشخصى أن يكون الوارث مدينا للمورث ثم يرثه فينقضى الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين فى ذمته للمشترى (٣) • ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التى انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير • وهذا بخلاف الرهن الذى يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فانه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التى ترتبت لهم على العين المرهونة • ومثل الحق العينى أن يكون على عقار للوارث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضى حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فاذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق الى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذى انتقل الى المشترى • وهذا ما لم يكن الوارث قد باع عقاره المرتفق به غير مثقل

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٧٧ وفقرة ٨٨٢ •

(٢) أوبرى ورو ٥ ٣٥٩ ثالثا هامش رقم ٩ — بودرى وسينيا فقرة ٨٧٨ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ — أما اذا كان التلف قد حصل بغش من الوارث ، بأن يكون مثلا قد أطلع المشترى على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمدا أو تعمد عدم قطع التقادم و عدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد ، فان كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تدليسا من جانب الوارث يجعل البيع قابلا للابطال ، وان كان بعد بيع الحصة اعتبر اخلالا من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئوليته العقدية (أنظر بودرى وسينيا فقرة ٨٨٠) •

(٣) وسنرى ان الوارث اذا كان دائنا للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته فى الميراث ، فانه يستبقى حقه فى الرجوع على التركة بالدين الذى له عليها ، ولا ينقضى هذا الدين باتحاد الذمة (م ٤٧٦ مدنى) : انظر ما يلى فقرة ١٣٤ •

بحق الارتفاق قبل بيع الحصه ، ففى هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشترى لهذا العقار ، ويغلب ان يكون هذا قد دخل فى حساب ثمن الحصه (١) .

ولا يدخل فى مشتملات التركة ماليست له قيمة مالية مقصوده ، اذ المفروض ان المشترى انما اشترى القيمه الماليه لحصه الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من اوراق المورث الشخصيه واوسمته وبراءات الرتب والاوراق المثبته للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما الى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الاشياء قيمه مادية أدخلها المشترى فى حسابه باتفاق خاص مع الوارث (١) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشترى على استثناء بعض مشتملات التركة من البيع وان كان لهذه المشتملات المستثناة قيمة مالية ، فيستبقى الوارث مثلا بعض منقولات التركة أو دارا كان يسكن فيها وما الى ذلك . ولا

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٠ — بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٥ . اما اذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار فى التركة وانقضى باتحاد الذمة ، ثم باع الوارث حصته ، فان حق الارتفاق يعود لمصلحته وينقل العقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع ان يبيع الوارث حصته فى الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلث تركته مثلا . فالمفروض فى هذه الحالة ان الوارث باع حصته بعد استنزال الوصية ، اى باع حصته فى ثلثى التركة لا فى التركة كلها . فاذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تتناول حصته كل التركة لا ثلثيها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته فى ثلث التركة اذ هى لم تدخل فى البيع . على ان المسألة مرهونة بنية المتعاقدين . فان كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته فى التركة على تقدير أن الوصية صحيحة ، فانه يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد فى حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له فى الثمن بنسبة الزيادة . وان كان الوارث عند بيعه لحصته قد دخل فى تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك فى حسابه عند تحديد الثمن ، فان البيع يكون احتماليا من هذه الناحية ، واذا أبطلت الوصية كان للمشترى ما زاد فى حصة الوارث دون أن يزيد شيئا فى الثمن (قارب بودرى وسينيا فقرة ٨٨٥) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا هامش ٤ مكرر — بودرى وسينيا فقرة ٨٨٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٣٦٣ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٢ .

بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقا صريحا ، ويفسر تفسيرا ضيقا ، فلا يتناول الا الأشياء التى ذكرت دون توسع •

١٣٣ ـ الضمان : رأينا أن المـادة ٤٧٣ مدنى تنص على أن « من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن الا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » • فالوارث عندما يبيع حصته فى التركة لا يبيع أموالا معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته فى مجموع من المال أيا كانت قيمة هذا المجموع • وهذا هو الذى يميز بيع التركة عن غيره من البيوع فالوارث اذن لا يضمن للمشترى أن يدخل فى حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة • فاذا كان المشترى قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالا معينا سيدخل فى هذه الحصة ولم يدخل ، اما لأنه دخل فى حصة غير بائعة من الورثة واما لأنه لم يدخل فى التركة أصلا اذ استرد ه المستحق له ، فانه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق واذا دخلت العين فى الحصة المبيعة ، وتبين أن بها عيبا خفيا ، لم يضمن الوارث للمشترى هذا العيب • واذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشترى ، بل اذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هى الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى فى قيمة المبيع ، لم يرجع المشترى بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالى كما قدمنا ، وقد أقدم المشترى عليه بعد البحث والتمحيص ، فهو الذى يجنى الكسب ويتحمل الخسارة (١) •

فلا يضمن الوارث اذن للمشترى الا شيئا واحدا ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته فى التركة (٢) • فيضمن أولا أن التركة قد فتحت فعلا ، لأنه اذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلة فالبيع باطل كما كما قدمنا • ويضمن بعد ذلك أنه يرث فى هذه التركة ، فاذا تبين أنه

---

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين التركة (الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦) •

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠٨ •

ليس من الورثة فانه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلا للابطال وفقا للقواعد المقررة فى بيع ملك الغير ، ويجوز للمشترى قبل أن يسترد الوارث الحقيقى أن يبادر الى المطالبة بابطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعه مع التعويض ان كان وقت أن اشترى الحصة يجهل أن البائع ليس بوارث • ويضمن الوارث البائع أخيرا أى عمل من أعماله الشخصية التى تتعارض مع كونه وارثا باع حصته كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئا من مشتملاتها ، أو أن يستوفى دينا لها •

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشترى على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة اذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشترى (١) ، أو أن يضمن له دخول مال معين بالذات فى الحصة المبيعة • وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا ، كأن يفصل المشترى مشتملات الحصة التى يشتريها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى • فكل ما ذكر يكون الوارث ضامنا لدخوله فى الحصة المبيعة ، واذا لم يدخل لأى سبب رجع المشترى على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) • بل قد يرجع أيضا بضمان العيب ، اذا اشترط ذلك صراحة أو ضمنا •

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشترى مثلا أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أيا كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم • بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلا ، فيكون ما يبيعه الوارث فى هذه الحالة هو مجرد احتمال

---

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة فى عقد البيع قرينة على ان المشترى قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٦ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٥) •

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٩٦ •

أن يكون وارثا • ويظهر ذلك بوجه خاص فى تحديد الثمن ، فان العقد فى هذه الحالة يصبح عقدا احتماليا محضا ، ويكون الثمن مخفضا تخفيضا يواجه هذا الاحتمال (١) •

١٣٤ — التزامات المشترى : يلتزم المشترى أن يدفع للوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والفوائد ، شأنه فى ذلك شأن كل مشتر آخر (٢) • ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة • فما دفعه الوارث فى تجهيز الميت — المورث — وفى ضريبة التركات التى تقع على حصته المبيعة وما الى ذلك من تكاليف يسترده من المشترى ، لأن هذه هى العناصر السلبية لمجموع المال الذى اشتراه المشترى من الوارث •

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشترى ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقا للمبدأ المقرر فى الشريعة الاسلامية وهو يقضى

---

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٨٨٦ — فقرة ٨٩١ — واذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذى أخذه ، الا اذا اشترط أيضا عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨) • ومع ذلك اذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع انه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٦٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٦) •

(٢) والثمن مضمون بحق امتياز على الحصة المبيعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة الى العقارات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) — واذا كان الوارث البائع قاصرا واشتملت حصته على عقارات ، وكان فى الثمن فيما يقابل العقارات غبن يزيد على الخمس ، جاز طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل • وتقوم العقارات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة العقارات الى قيمة مجموع مشتملات الحصة لمعرفة ما اذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدنى) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits succes فقرة ٤٣ •

بألا تركة الا بعد سداد الدين (١) . فالتركة هى التى تقوم بسداد ديونها أولا ، وما بقى بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث انما باع حصته فى هذا الميراث بعد استنزال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته فى دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشترى ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، اذ خلصت له الحصة دون أن يستنزل منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته فى وصية تركها المورث ، فهنا أيضا ولنفس السبب يرجع الوارث على المشترى بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث الى الوارث ويسمى رسم الأيلولة . فهذا يدفعه الوارث فى مقابل انتقال حصته فى التركة اليه ، ولا يرجع به على المشترى ، لأنه هو الذى استفاد منه فقد انتقلت اليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها (٢) . أما المشترى فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصة اليه من الوارث ، وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشترى (٣) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين تلتزم به التركة

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢١ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٨ .

(٢) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشترى مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع عن سداد هذه الضريبة ، اذا تم البيع قبل مضى عشر سنوات من وقت افتتاح التركة . فقد نصت المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٣١ اغسطس سنة ١٩٤٤ على انه « يجب على كل من يشترى عقارا أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلا الى البائع من تركة أو من وصية ، ولم يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى اكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، والا كان مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم المتأخرة . وكل من يشترى منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الايلولة يكون مسئولا بالتضامن عن دفعها مع الوارث البائع » (انظر الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١) .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٠ — بودرى وسينيا فقرة ٨٩٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

ولا ينقضى باتحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل الى ذمة الوارث • فيكون للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشترى نصيب الحصة المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ويتحمل المشترى نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة • والى هذا كله تشير المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، اذ تقول : « يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » •

فيجوز اذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيضها • يجوز مثلا الاتفاق على أن يدفع المشترى رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات المشترى • كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشترى للبائع ماوفاه هذا من ديون التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائنا به للتركة ، وهذا تخفيف فى التزامات المشترى •

ثانيا — حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ — **الغير هنا طوائف ثلاث :** يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير فى بيع التركة • الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع • والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها • والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقا على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة • ولما كان الحكم يختلف بالنسبة لى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى •

١٣٦ — **الورثة الآخرون :** هؤلاء ليسوا طرفا فى البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشترى ، فلا يكسبون من هذا البيع قا ولا يترتب فى ذمتهم التزام • ولكن البيع الذى تم جعل المشترى شريكا لهم فى الشيوع فى جميع مشتملات التركة ، من عقارات ومنقولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشترى محله بموجب البيع • فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشترى باعتباره

شريكا لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك .

ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فتفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لا شائعة ، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق المشترى من الوارث كخلف خاص ينصرف اليه أثر العقد الصادر من سلفة متعلقا بالشىء المبيع . أما بعد البيع ، فاذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فاذا بدأت اجراءات القسمة ، واستطاع المشترى أن يخطرهم (٢) بالبيع قبل أن تتم ، كان للمشترى أن يتدخل فى القسمة (٣) ، بل له أن يطلب اخراج الوارث من الاجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتقاسم مع سائر الورثة . واذا كان الورثة قد أخطروا بالبيع قبل اجراءات القسمة فليس لهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشترى ، ويكون التقاسم معه غير نافذ فى حق المشترى . ولا يجوز للورثة أن يتقاسموا الا مع المشترى ، فهو الذى أصبح شريكا لهم فى الشيوع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علما بذلك عن طريق الاخطار (٤) .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ — ويعتبر المشترى من الوارث فى هذه الحالة ، بالنسبة الى سائر الورثة ، دائنا للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشترى ، فليس له أن يطعن فيها الا فى حالة الغش (م ٨٤٢/٢ مدنى) — وهذا لا يمنع ، كما قدمنا ، من أن تتقاسم الورثة التركة مع المشترى ، حتى قبل أن يخطروا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع .

(٢) والاخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب اثباته اذا أنكرته الورثة وفقا للقواعد العامة فى الاثبات .

(٣) باعتباره دائنا لاحد الشركاء وهو الوارث البائع (م ٨٤٢/١ مدنى) .

(٤) ولما كان الوارث قد باع حصته لاجنبى غير وارث ، فانه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقا للمادة ٨٣٣ مدنى وهى تنص على أن « الشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لاجنبى بطريق =

١٣٧ — دائنو التركة ومدينوها : أما دائنو التركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائنين للتركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشترى منه كما سبق القول ، اذ لا تركة الا بعد سداد الديون • فيستوفون ديونهم من أموال التركة (١) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصى لهم أو ممن يتلقى حقا من الورثة كالمشترى من الوارث البائع • واذا تسلم المشترى مشتملات الحصة المبيعة ،فان ما تسلمه يبقى مسئولا عن ديون التركة ، ولدائنيها أن يتتبعوا هذا المال فى يد المشترى وينفذوا بحقوقهم عليهم ، على النحو الذى سنبينه عند الكلام فى تصرف الوارث فى أموال التركة المدينة قبل سداد الدين (٢) •

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشترى من الوارث لأن الوارث تنتقل اليه حقوق التركة بخلاف ديونها ، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشترى منه ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحوالة الحق • ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق مدينى التركة

= الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى ، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما انفقه • ٢ — واذا تعدد المستردون ، فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته » • انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧١ — انسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ
فقرة ١٤٥ الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ •

كذلك اذا كان الورثة الآخرون ينازعون فى وراثة الوارث البائع ، فمن حقهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أى حق متنازع فيه (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١) •

(١) ومن ثم لا يكون هناك محل لحوالة الدين من الوارث الى المشترى ، فان الوارث نفسه غير مدين ، بل التركة • ويترتب على ذلك انه لا يلزم اتخاذ اجراءات حوالة الدين (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ — قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣) • وهذا بخلاف اجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لان حقوق التركة تنتقل الى الوارث ويحولها الى المشترى •

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٩٣ — ١٩٤ •

الا اذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدنى) (١) • فاذا لم يقبلوا الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفوا الوارث البائع حصته من الديون التى فى ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذا فى حق المشترى • ولا يبقى للمشترى الا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية ، واستيفاؤه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملا شخصيا من جانبه يستوجب الضمان •

١٣٨ — الخلف الخاص للوارث البائع : يمكن أن نتصور أن الوارث قد باع — بعد البيع الصادر منه للمشترى أو قبل هذا البيع — لشخص آخر شيئا من مشتملات حصته ، عقارا أو منقولا أو دينا للتركة • فيكون هذا الخلف الخاص للوارث معتبرا من الغير فى البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشترى لحصة الوارث • ويجوز أيضا، بدلا من أن يبيع الوارث من مشتملات حصته عينا بالذات ، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال لمشتر آخر ، فيكون هذا المشترى الآخر من الغير أيضا •

فهؤلاء الأغيار — مشترى العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذى للتركة أو حصة الوارث فى مجموعها — لا يسرى فى حقهم البيع الصادر من الوارث للمشترى ، الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة • وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدنى كما رأينا ، اذ تقول « اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (٢) » • وقد حسم هذا النص خلافا لا يزال قائما

---

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢ •

(٢) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدنى تنص على ما يأتى : « فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات » • وقدمنا مثلا لذلك التسجيل فى العقار ، فهو واجب فى نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشترى لحصة هذا الوارث (انظر آنفا فقرة ١٣١) •

فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح فى هذا الفقه(١)، وكان هذا أيضا الرأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق ولم يكن هذا التقنين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدنى (٢) .

فاذا كان الغير مشتريا لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فسواء اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فان المشترى للحصة لا يقدم عليه الا اذا سجل البيع فى خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشترى العقار البيع الصادر اليه ، وأيهما سبق الآخر فى التسجيل كان هو المقدم (٣) . ذلك أن المشترى لحصة الوارث كما يعتبر مشتريا لهذه الحصة فى مجموعها ، يعتبر كذلك مشتريا لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الاجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم فى المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فاذا كان

---

(١) ففى الفقه الفرنسى آراء ثلاثة : راى يذهب الى صيرورة بيع الحصة نافذا فى حق الغير باخطار باقى الورثة بهذا البيع . وراى ثان يجعل هذا البيع نافذا فى حق الغير دون حاجة الى اية اجراءات . وراى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذا فى حق الغير الا باتخاذ الاجراءات اللازمة لصيرورة البيع نافذا فى حق الغير فى العقار بالنسبة الى عقارات الحصة المبيعة ، وفى المنقول بالنسبة الى منقولات هذه الحصة ، وفى حوالة الحق بالنسبة الى الديون التى لهذه الحصة . انظر فى هذه الآراء الثلاثة بودرى وسينيا فقرة ٩٠٣ – فقرة ٩١٠ – وانظر فى أن الراى الثالث هو الراى الراجح جيوار ٢ فقرة ٨٦٦ – لوران ٢٤ فقرة ٤٧٨ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثا هامش رقم ٢٤ – بودرى وسينيا فقرة ٩٠٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٢ – انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des dr : sucess فقرة ٥٣ – فقرة ٥٦ . وقارن هيك فى حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٣ .

(٢) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٤ – فقرة ٦٢٥ .

(٣) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقا عينيا غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن او غير ذلك ، فالعبرة هنا ايضا بالاسبقية فى التسجيل أو القيد . وقد يكون دائن الوارث حجز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فاذا كان قد سجل التنبيه قبل ان يسجل مشترى الحصة المبيعة قدم على هذا المشترى (بودرى وسينيا فقرة ٩٠٧ ص ٢٩٤ – ص ٩٢٥) .

بيع الحصة سابقا على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول الى مشترى الحصة دون مشترى المنقول ، واذا كان العكس انتقلت الملكية الى مشترى المنقول دون مشترى الحصة • على أن أيا منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل اليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه •

وكذلك الحكم فى دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشترى الحصة بالنسبة الى مشتر لهذا الدين بالذات الا اذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أن يقبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى حوالة الحق • ويقدم مشترى الدين على مشترى الدين على مشترى الحصة ، اذا تمكن مشترى الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو اعلان لهذا البيع (١) •

وكذلك الحكم أخيرا فى حالة ما اذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب ، فأى المشتريين لحصة الوارث سبق الآخر فى التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة الى المنقولات ، أو اعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة الى الديون ، كان هو المقدم • وقد يتقدم فى العقارات ويتأخر فى المنقولات أو فى الديون ، كما يجوز أن يتقدم فى بعض العقارات دون بعض أو فى بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق اليه فى الاجراءات الواجبة بالنسبة الى كل حق •

---

(١) وقل مثل ذلك فى حالة ما اذا حجز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فاذا كان الحجز سابقا على اعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاحم الدائن الحاجز مشترى الحصة ، واذا كان العكس قدم مشترى الحصة على الدائن الحاجز ، ذلك وفقا للقواعد المقررة فى حوالة الحق •

(ب) بيع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر

(التخـــارج)

١٣٩ - التمييز بين حالتين : اذا باع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف فى الفقه الاسلامى (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما اذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوارث البائع بثمن دفعوه من مالهم الخاص ، وحالة ما اذا اشتروا الحصة بمال دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففى الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشترى أو الورثة المشترين شأن المشترى الأجنبى ، فيكون لهم حقوق المشترى الأجنبى والتزاماته (٢) ، ويسرى البيع الصادر لهم فى حق الغير وفقا للأحكام

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بان عقد التخارج الذى اجازته الشريعة الاسلامية فى احول الميراث هو عقد يتنازل بموجبه احد الورثة لشريكه او لشركائه فى الميراث عن نصيبه فى التركة فى مقابل شىء معلوم . وليس من الضرورى لصحة هذا العقد أن تكون اعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة فى العقد تعيينا تاما (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بانه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لان بيع الوارث نصيبه فى التركة يشمل الديون التى لها والتى عليها طبقا للمادة ٣٥٠ مدنى (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر ايضا نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل الا من وارث لوارث ، فالبيع الصادر من وارث فى حصته فى التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق فى التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص ٩٩٢) . وقضت محكمة اجا بأن عقد التخارج ينطوى بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه فى التركة جزافا ، وبهذا الوصف لا يضمن البائع للمشترى سوى وجود التركة من غير بيان لمشتملاتها فلا يضمن المتخارج اذن استحقاق بعض الاعيان للغير ، الا اذا نص فى عقد التخارج على الاعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ ابريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٦٨/ ص ٦٩٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه وان كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج اذا كان للتركة ديون على الغير الا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك فانه قد نص صراحة فى المادة ٣٥٠ على ان بيع الاستحقاق فى التركة او (التخارج) يشتمل حتما على بيع ما لهـا من الديون : نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٥٢ ص ١٠٠٧ .

التى سبق أن قررناها . فان كان المشترى وارثا واحدا ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصة الوارث البائع وحل محله فى التركة (١) .
وان كان المشترى كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من مالهم الخاص ، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعددين ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم .
وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم اذ تقول : « التخارج هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم . فاذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، واذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فان كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وان كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما فى الحالة الثانية فان التخارج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخارجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخارج بمال معين فى التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته فى حكمها من القرائن التى استنبطها من الوقائع الثابتة فى الدعوى ان عقد التخارج الصادر من الجدة لاحفادها المذكور فيه ان التخارج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن فى حقيقته الا هبة لم يقبض عنها أى عوض ، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الاحفاد بوفاء ذلك العوض الى عمهم الذى لم يكن له شأن فى هذا العقد ، فذلك مما يدخل فى حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها اياه من الواقع سائغا . اذ قاضى الدعوى من حقه ان يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما تصده المتعاقدون غير متقيد بالفاظها وعباراتها . واذن فقد كان للمحكمة ، وقد تبينت ان التصرف لم يكن الا هبة ان تستظهر المقصود من الاقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها وبما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابى : نقض مدنى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٥٣ ص ١٠٠٧ .

التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحا أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخارج (١) • ويغلب أن يكون المقصود بالتخارج الصلح ، اذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فيتفق باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معينا من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (٢) • فاذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التخارج قسمة (٣) • وهناك قواعد مشتركة في التخارج صلحا كان أو قسمة • ثم ان هناك فروقا في الأحكام فيما اذا كان التخارج صلحا أو قسمة ، فنستعرض الأمرين •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التخارج هو ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فاذا تضمنت الورقة اتفاقا بين الاخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة ابيهم ، فهي لا تعتبر تخارجا ، بل هي اتفاق على قسمة • وكل من وقعها فهو محجوج بها وان لم يسجل عقدها اذ القسمة كاشفة للحق مقررة له ، لا ناقلة ولا منشئة له ، فتسجيلها غير لازم الا للاحتجاج بها على غير العاقدين : نقض مدني في ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٥٤ ص ١٠٠٧ •

(٢) جاء في الزيلعي : « أن اخرجت الورثة احدهم عن عرض أو عقار بمال ، أو عن ذهب بفضة ، او عن فضة بذهب ، صح ، قل ما أعطوه او كثر ، لانه يحمل على المبادلة ، لانه صلح عن عين • ولا يمكن حمله على الابراء ، اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين • وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس • وفي الاثر ان تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين الفا ، بمحضر من الصحابة • وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال يتخارج اهل الميراث ، أي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح • ولا يشترط أن تكون اعيان التركة معلومة ، لانه لا يحتاج فيها الى التسليم ، وبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز » (الزيلعي ٥ ص ٩ : - ص ٩٠ - وانظر أيضا تكملة فتح القدير ٧ ص ٥٢) •

(٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بانه اذا ظهر من ظروف الاحوال أن عقد التخارج لم يكن الغرض منه صلحا لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر الا نزولا من احد الورثة عن حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع (١٦ ابريل سنة ١٩١١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣) • أنظر أيضا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقا للقضاء الفرنسي أن يكون من شأنه افراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض •

١٤٠ ــ أحكام مشتركة فى التخارج : سواء كان التخارج صلحا أو قسمة ، فهو كاشف عن الحق لا منشىء له ، لأن هذه هى طبيعة كل من الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا ــ من حيث نقل الملكية : لا ينقل التخارج ملكية مال التركة الى الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال مفرزا منذ البداية عن طريق الميراث • ولما كان هذا الأثر الكاشف لا حاجة فيه الى التسجيل فيما بين الطرفين ، فان التخارج لا يسجل لانتاج أثره فيما بين الورثة ، وان كان التسجيل ضروريا لانتاج أثره بالنسبة الى الغير (١) • ويترتب على الاثر الكاشف أيضا أن جميع الحقوق العينية التى يكون الوارث الخارج قد رتبها على الأموال الأخرى للتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل اجراء التخارج • اذ يعتبر الوارث لم يملك شيئا من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون تصرفه تصرفا صادرا من غير مالك ، فلا ينفذ الا باجازة باقى الورثة (٢) •

ثانيا ــ من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتبايعين ، بل هى التزامات المتصالحين أو المتقاسمين • فلا يلتزم بنقل ملكية الأعيان الى الورثة ، اذ يعتبرون مالكين لها منذ البداية • ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة ، اذ يعتبر مالكا له هو أيضا منذ البداية كما قدمنا •

ثالثا ــ بالنسبة الى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ،

---

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك فى عهد التقنين الجديد أو فى عهد التقنين السابق • ويسبق هذا التسجيل تسجيل اشهاد الوراثة (الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢) • أما فى فرنسا فالعقود الكاشفة ــ ومنها التخارج ــ لا تخضع للتسجيل حتى فى انتاج أثرها فى حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١) •

(٢) وكذلك اذا تصرف الوارث فى منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم يكن قد سلم المنقول لمشتر حسن النية فيملكه عندئذ بالحيازة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢) •

اذ هم الذين تعاقدوا مع الوارث الخارج صلحا أو قسمة (١) . أما دائنو التركة فيبقون دائنين لها ، ولهم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج فى هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم تصالحوا معه او تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استنزال الديون هى ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته فى الميراث ، ولا شىء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شىء من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عينى على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج فى حصته كمجموع من المال ، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة اليهم قبل التخارج .

١٤١ - الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة : ويختلف حكم التخارج اذا كان صلحا عن حكمه اذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) فى الضمان : ففى الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، اذ هو يدعى الوراثة وينازعه الورثة فى ذلك ، ثم يتصالحون على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا

---

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فيهم الوارث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقى من التركة على السهام الباقية ، فانظر فى كل ذلك الاستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن اذا دفع مدين للتركة للوارث الخارج شيئا من الدين الذى عليه كان هذا الدفع مبرئا للذمة اذا كان بحسن نية ، لانه يكون قد دفع للدائن الظاهر (بودرى وسينيا فقرة ٩١٣) . أما اذا أعلن التخارج للمدين ، فلا يعود دفعه للوارث الخارج مبرئا للذمة .

يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما فى القسمة ،فالوارث يضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه فى بيع التركة . ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحا أو قسمة .

(الوجه الثانى) فى الغبن : ففى الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى اخذه من مال التركه قليل ، فان التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج الا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمه ، فيجوز نقضها اذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فاذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصه الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمه فى خلال السنه التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدنى) .

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ ـ متى يكون الشىء صالحا للتعامل فيه : يكون الشىء صالحا للتعامل فيه فيصح أن يكون محلا للبيع ، اذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأبى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعا أو غير ممنوع لا بنص فى القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن :

---

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ ـ ٣١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ ـ ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر ايضا فى جواز ابطال التخارج للغلط او التدليس او الاكراه ، قسمة كان او صلحا : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ ـ ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وهما الحكمان السابق الاشارة اليهما) .

« ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية •

٢ - والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية » •

ونصت المادة ١٣٥ مدنى على أنه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » •

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحا للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، اذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع •

١ - عدم الصلاحية للتعامل راجع الى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع فى فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع فى فهم معنى « طبيعة الشيء » • فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعا الى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية ، أو بالنظر الى الغرض الذى خصص له الشيء •

١٤٤ - عدم الصلاحية للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية : فالشيء لا يصلح للبيع اذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه • وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط [1] أن الشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته اذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر • فاذا أصبح التعامل ممكنا فى بعض النواحى جاز ، فأشعة الشمس يحصرها « الفوتوغراف » ، والهواء يستعمله الكيميائى ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلا للامتلاك •

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ •

أما اذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مالٌ مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه •

١٤٥ ـ عدم الصلاحية للتعامل راجع لاتصال الشيء بالشخص :

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالا لا يمكن معه الفكاك • مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدنى على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال او عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى »•

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الاتفاقية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلا بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه • فاذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصى ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له فى الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلا بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه الى شخص آخر • ويكون هذا الشرط صحيحا اذا كان مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة • فقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى على أنه :

« ١ ـ اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة •

٢ ـ ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير •

٣ ـ والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير » • ونصت المادة ٨٢٤ مدنى على أنه « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا »(١) •

---

(١) وتذاكر الاياب ، وتذاكر المجاملة للمسارح والملاهي ونحوها ،

١٤٦ — **عدم الصلاحية للتعامل راجع للغرض الذى خصص له الشيء :** وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر الى الغرض الذى خصص له . فالأملاك العامة لا يصح بيعها لأنها مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧ / ٢ مدنى) . والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبى ، فالملك العام والمال الموقوف اذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للايجار . والمرجع فى هذا الى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

٢ — عدم الصلاحية للتعامل راجع الى عدم المشروعية

١٤٧ — **المبدأ العام :** قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن عدم المشروعية يرجع اما الى نص فى القانون أو الى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذى يمنع من التعامل يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هى أيضا الى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من ايراد النص اما لتوضيح حكم غامض كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة ، واما لتحديد حكم غير محدد كما فى تحديد الربا الفاحش ، واما لتحريم تقتضيه ظروف البلد الخاصة كما فى تحريم بيع الوفاء وكما فى الاتجار فى الحشيش والمخدرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فآثر أن يورد له نصا . فيمكن القول اذن

= وعينات الادوية التى ترسل للاطباء ، المفروض فيها اتفاق ضمنى على انها شخصية لا يجوز لصاحبها أن يبيعها (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

ان البيع يكون غير مشروع اذا كان مخالفا للنظام العام أو للآداب ،سواء ورد نص فى القانون بتحريم أو لم يرد (م ١٣٥ مدنى) •

وقد عرفنا ما هو النظام العام وما هى الآداب (١) ، فلا نعود الى ذلك •

١٤٨ — **تطبيقات مختلفة** : ونكتفى هنا بأن نشير الى بعض أمثلة لبيوع تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلا (٢) • فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنوة أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية • ولا يجوز بيع بيت يدار للعهارة أو القمار ، أو شراء مفروشات له • ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة • ولا يجوز بيع الانسان على أنه رقيق •

وكثيرا ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطنى ، كما فى بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (٣) •

١٤٩ — بيع التركة المستقبلة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء — احالة :وقد عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل ، احداهما فى الجزء الأول من الوسيط (٤) وهى بيع التركة المستقبلة (٥) ، والأخرى فى

---

(١) الوسيط جزء اول فقرة ٢٢٨ •

(٢) الوسيط جزء اول فقرة ٢٢٩ — فقرة ٢٤١ •

(٣) انظر فى هذه المسألة الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٣٤ — ص ١٣٦ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ — فقرة ١٥٠ — الاستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ — ص ١٢٥ •

(٤) الوسيط جزء اول فقرة ٢١٧ •

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الانسان وارثا او غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره الى غير ذلك من احكام الارث =

هذا الجزء الرابع (١) وهى بيع الحقوق المتنازع فيها الى عمال القضاء • فنقتصر هنا على الاحالة الى ما قدمنـاه فى هذا الشأن •

١٥٠ - **بيع العملاء** : بقى أن نبحث صورة أخيرة من صـور البيـع غير المشروع فى حاجة الى شىء من البيان ، وهم صورة بيع العملا (clientèle) فللشخص فى حرفته أو فى تجارته أو فى مهنته الحرة عمـلاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له ان ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول اذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة ، الا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها • فقد نصـت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة ». ومقومات المحل التجارى غير المادية - كما تقول المذكرة الايضاحية لهذا القانون - هى عنوان المحل (enseigne) واسمه التجارى (nom commercial) والحق فى اجارة المحل (droit au bail) والاتصال بالعملاء (clientèle) والسمعة التجارية (achalandage) والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجـارية (propriété industrielle) . ونرى من ذلك أن الاتصال بالعمـلاء يدخـل فى مقومات المحل التجارى ، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع • ولكن

= وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام • والتحايل على مخـالفة هذه الاحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى اية حالة كانت عليها الدعوى ، وتحريم التعامل فى التركات المسـتقبلة ياتى نتيجة لهذا الاصل ، فلا يجوز قبل وفاة اى انسان الاتفاق على شىء يمس بحق الارث عنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا او من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حـق الارث قبل انفتاحه لصـاحبه واسـتحقاقه اياه ، جميع هذه الاتفـاقات وما شابهها مخالف للنظام العام : نقض مدنى فى ١٤ يونيـه سـنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٣٩ ص ١٠٠٤ •

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٣ .

يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعا للمحل التجارى ذاته • أما بيع حق الاتصـــال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وان جاز أن يتعهد بائع المحل التجـــارى استقلالا ألا ينافس المشترى فى هؤلاء العملاء وألا يفتح متجرا فى مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء اليه ، وذلك بالقدر الضرورى لحمـــاية المتجر المبيع •

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب ، عـــلى سبيل الاستقلال ، لا يجوز • ولكن ، قياسا على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعا لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة • فيجوز للطبيب مثلا أن يبيع عيادته بمـــا فيها من أجهزة ومهمات وأدوات، وبما تشتمل عليه من حق فى اجارة المكان، وبمن يتصل بها من العلاء • وللمحامى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هـــذا النحـــو • بل ان مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصـــال بالعملاء يدخل عنصرا فى البيع •

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك ، وكان قبلا يميز بين التاجر والمهن الحرة، على أساس أن عملاء المهن الحرة — كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس — انما يختارون من يعاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم عـــلى الثقة الشخصية ، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب(١) • ولكن هذا القضاء استقر أخيرا على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة ،فان الثقة الشخصية تقوم فى الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه • على أن الطبيب أو المحامى اذا أدخل العملاء محل اعتبار فى بيع عيادته أو مكتبه ، فانه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف فى السلع والمهمات • ولكنه يدخلهم فى حساب قيمة العيـــادة أو المكتب ، فكثـــرتهم أو قلتهم

---

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـــرة ٣٣١ ص ٤٢٣ هامش رقم ٣ •

والاحتمال فى أن كثيرا أو قليلا منهم يبقون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه ، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيـــع • والطبيب أو المحامى انما يقدم فى الواقع من الأمر خلفه لهـــؤلاء العمـــلاء ويوصيهم بالتعامل معه ، ويتعهد من جانبه ألا ينافس هذا الخلف نافسة غير مشروعة بأن يمتنع عن فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب اليه فيه هؤلاء العمـــلاء • وليس فى شىء من هذا ــ تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة ــ أمر غير مشروع (١) •

ويخلص مما قدمناه أن بيع العمـــلاء على ســـبيل الاســـــــتقلال لا يجوز (٢) ، والجائز أن يدخل حق الاتصال بالعملاء عنصرا تابعا مـــن عناصر المتجر أو العيادة والمكتب عند بيعه (٣) •

---

(١) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٦١ داللوز ٦١ ــ ١ ــ ٣٢٦ • وانظر احكـــاما اخـــرى فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٢٤ هامش رقم ١ ــ وانظر ساناتييه Savatier فى انتقال عملاء المهن الحرة سنة ١٩٣٣ ــ روبييه Roubier فى الحقوق المعنوية والحقوق المتعلقة بالعملاء فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ســـنة ١٩٣٩ ص ٢٥١ ــ وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع يعتبر انه قد وفى بتعهده اذا هو قام باعلان التنازل الى عملائه ، ولا يحكم عليه بتعويض اذا رفض العمـــلاء معـــاملة المشترى ، هذا ما لم يتعهد البائع بضمان استمرارهم على معاملته • واذا اتضح ان سبب انقطاع العملاء عن الشراء من المحـــل هو زيادة الاثمـــان عليهم ، فلا مسئولية على البائع (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩١) • وقضت ايضا بانه لا يجوز للبائع انتزاع العملاء من المشترى بمنافسة غير مشروعة (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢) •

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٤ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٥٨ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣ ــ انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣١٢ ــ فقرة ٣٢٠ ــ وقارن بودرى وسينيا فقرة ١٠٣ •

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١٠٣ ــ فقرة ١٠٤ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٣ ــ فقرة ٣٣٤ (سواء صدر البيع من صاحب المتجر او العيادة او المكتب أو صدر من ورثته) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٥٨ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣ ــ وانظر فى الفقه المصرى : الاستاذ انور ســـلطان فقرة ١٣٧ ــ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ ــ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ ــ الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣٩ ــ فى الفقه العراقى : الاستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ ــ الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٣٧ ــ فقرة ٢٤٣ •

المطلب الرابع

ملكية البائع للشيء المبيع

١٥١ - يجب أن يكون الشيء المبيع مملوكا للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع الى المشترى ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته ، لأنه اذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه ، فبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جائز ، وانما ينتقل الشيء الى المشترى وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما اذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للابطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك فى بيع المال الشائع ، او حق الورثة وذلك فى بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك فى بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد ديونها وفى بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك فى بيع الأراضى الزراعية وفقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى .

فنبحث اذن :

١ - بيع ملك الغير .

٢ - بيع المال الشائع .

٣ - بيع المريض مرض الموت .

---

(١) ويتفرع على ذلك انه اذا تبين ان المشترى كان يملك المبيع قبل ان يشتريه ثم اشتراه ، فشراؤه باطل لانه لا يستطيع ان يشترى ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه اذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين هى ملك المشترى (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/١٥ ص ١٩) .

٤ ـ بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها .

٥ ـ بيع المحجوز عليه والمعسر .

٦ ـ بيع الأراضى الزراعية فى قانون الاصلاح الزراعى .

١ ـ بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

« ٢ ـ وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتى :

« ١ ـ اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحا فى حق المشترى » .

« ٢ ـ وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتى :

« اذا حكم للمشترى بابطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . واقرته لجنة المراجعة بعد ازالة هذه الفروق ، واصبحت المادة رقمها ٤٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى المواد ٢٦٤/٣٣٣و٢٦٥/٣٣٤ و٣٣٥ مختلط (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٤٣٤ — ٤٣٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤٥٥ — ٤٥٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين١٣٥ — ١٣٦ ،وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨٥ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥٠٩ (٢) .

= الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٣ — ص ١٨٤ وص ١٨٦ — ص ١٨٨) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ — ص ١٩١) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص فى المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ وص ١٩٤) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٦٤/٣٣٣ : بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطل ، انما يصح اذا أجازه المالك الحقيقى .

م ٢٦٥/٣٣٤ : اذا باع احد شيئا على انه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع ، جاز للمشترى أن يطلب منه تضمينات اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع .

م ٣٣٥ مختلط : اذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بثمن معين ، يحكم فى التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

(والاحكام واحدة فى التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد اكثر احاطة ، على أن نصوص التقنين السابق هى بدورها اكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدنى الفرنسى والمقتضبة فى هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدنى الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لانها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد اغفلها التقنين الوطنى من قبل : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ — ص ١٩٤) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٣٤ — ٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦ — ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى ، وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ — فقرة ٢٧٧) .

= التقنين المدنى الليبى م ٤٥٥ — ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦ — ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٥ : ١ - من تصرف فى ملك غيره بدون اذنه ، انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك . ٢ - فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ، ويطالب الفضولى بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر . ٣ - واذا لم يجز المالك تصرف الفضولى ، بطل التصرف ، واذا كان العاقد الاخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به . فان هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه ، وكان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولى ، فلا رجوع له بشىء منه . ٤ - واذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه ، فهلكت فى يده بدون تعد منه ، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه فى تضمين الاخر .

م ١٣٦ : ١ - اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند الى الوقت الذى تم فيه العقد . ويشترط فى صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الاصلى أو المعقود عليه وقت الاجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر ، فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر نافذا . ٣ - ويبدأ سريان المدة ... واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد .

(والتقنين المدنى العراقى سار فى هذه المسألة على قواعد الفقه الاسلامى : فبيع الفضولى — أى بيع ملك الغير — موقوف على اجازة المالك . وقد نقل التقنين العراقى احكام العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى بعد ادخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر مسايرة لقواعد الفقه الغربى الحديث ويختلف فى ذلك عن التقنين المصرى ، ففى هذا التقنين الاخير بيع ملك الغير قابل للابطال . وقد ساعد التقنين العراقى على الاخذ بهذه الاحكام ، التى تفضل من بعض الوجوه أحكام التقنين المصرى وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للابطال ، أن التقنين العراقى قد اخذ بنظرية البطلان كما هى فى الفقه الاسلامى لا فى الفقه الغربى الحديث ، وهى نظرية تفضل الفقه الغربى : انظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف الجزء الرابع فى نظرية البطلان — وانظر فى بيع الفضولى فى القانون المدنى العراقى الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وانظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الاستاذ الصراف نقل المشرع العراقى لنظرية الفقه الاسلامى فى بيع الفضولى ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه الغربى كما سبق القول) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٨٥ : بيع مال الغير باطل الا فى الاحوال الاتية : أولا — اذا كان البيع معينا بجنسه أو بنوعه فقط . ثانيا — اذا أجازه المالك . ثالثا — اذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما اذا أبى المالك أن يجيز البيع ، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشترى اذا كان عالما بأنه لا يملك المبيع وكان المشترى يجهل ذلك . ولا يجوز للبائع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى بتاريخ ١٥ آذار =

١٥٣ — **تحديد منطقة بيع ملك الغير** : ويخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشىء معين بالذات وهو لا يملكه — وهذا ما يسمى ببيع ملك الغير — عقد قابل للابطال لمصلحة المشترى • وقبل أن أن نؤصل هذا البطلان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولا المنطقة التى ينحصر فيها بيع ملك الغير •

١٥٤ — **ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير** : فبيع ملك الغير لابد أن يكون بيعا لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع • فيخرج اذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولا — بيع الشىء غير المعين بالذات وبيع الشىء المستقبل : فاذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك اذا باع شخص شيئا لم يوجد بعد ولكنه سيوجد فى المستقبل ، لم يكن هذا بيعا لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع • ذلك أن المبيع لم يعين بذاته، فلا يمكن أن يقال ان البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك الا عندما يتعين بالذات • أما فى هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فان البائع

= سنة ١٩٢٦ . (وهذه الاحكام فى مجموعها تتفق مع احكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى لا يجعل للمشترى الحق فى التعويض الا اذا كان حسن النية وكان البائع فى الوقت ذاته سيىء النية ، اما التقنين المصرى فيشترط حسن نية المشترى دون سوء نية البائع) •

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٩ : اذا باع شخص مالا للغير فان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا اذا آلت الى البائع أو اقر المالك البيع .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى الذى وردت به عدة مواد تفصيلية يمكن العمل بها فى الكويت لانها مما تقضى بها القواعد العامة) •

التقنين المدنى الاردنى م ٥٥٠ : ١ — اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشترى ان يطلب فسخ البيع • ٢ — ولا يسرى البيع فى حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشترى •

م ٥٥١ : ١ — اذا اقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى • ٢ — وينقلب صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد •

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع ماورد بالتقنين المصرى) •

يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين ، وعلى البائع تعيينه اذا كان موجودا ، أو ايجاده اذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشترى (١) .

ثانيا — تعهد الشخص عن مالك الشىء بأن المالك يبيع الشىء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لان المتعاقد لا يبيع ملك غيره ، وانما هو تعهد عن المالك فى أن يبيع ، فيكون تعهدا عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد فى الجزء الأول من الوسيط .

ثالثا — بيع الشىء المعين بالذات غير المملوك للبائع اذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاما باتا ، بل علق التزامه على شروط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ، فالبائع والمشترى متفقان على أن البيع ليس بباب ، بل هو معلق على شرط . فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية الى المشترى واذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٩ — ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشترى ملكية شىء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ — بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ — ص ١٠٦ — جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ — بودرى وسينيا فقرة ١٢٢ .

(٣) او على شرط ان تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩) .

(٤) فاذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفا على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشىء عند بيعه بالمزاد ، فانه اذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية الى المشترى ، والا سقط البيع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٩) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط أن يملك البائع المبيع ، بل على بيع احتمالى . فالمبيع فى هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشترى ، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شىء الى المشترى . ويراعى ذلك بطبيعة الحال فى تحديد الثمن ، فيكون الثمن منخفضا حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع للمبيع .

رابعا — بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع لم يبيع ملك غيره ، بل ملك نفسه (١) وان كان هذا الملك غيربات. فهو اما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، واما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول اذا تحقق الشرط . وفى كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه الى المشترى ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ، فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشترى باتة (٢) . وتختلف هذه الصورة

= وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط ، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات فينقلها للآخر (أنظر ٣٣٥ مختلط) . وهنا أيضا ليس العقد بيعا لملك الغير ، بل هو ليس بيعا أصلا ، لان المتعاقد لم يلتزم بنقل ملكية ، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية . فاذا ما كسبها ، تلى ذلك عقد بيع ينقل هذه الملكية للمشترى . واذا لم يكسبها ، كان مسئولا عن التعويض . وتختلف هذه الصورة عن صورة التعهد عن الغير فى أن المتعهد عن الغير يلتزم بأن يجعل المتعاقد معه يكسب الملكية من الغير رأسا ، فلا تنتقل اليه أولا ثم ينقلها هو الى المشترى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ — جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ ص ٥٤٥ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٣) . وتختلف عن صورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن المتعاقد هنا يتعهد بكسب ملكية شيء معين بالذات ثم ينقلها الى المتعاقد الآخر ، أما فى بيع الشيء غير المعين بالذات فالبائع يتعهد بنقل ملكية شيء غير معين بالذات .

ولا يعتبر بيعا لملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير المالك . بل يصبح الوعد فى هذه الحالة ، فاذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء ، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء ، تم البيع . واذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للشيء وقت ظهور رغبة الموعود له فى الشراء ، انقلب الوعد بالبيع بيعا لملك الغير وكان قابلا للابطال (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٠ ص ٥٧٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التملك بالتقادم الخمسى يستلزم أن يكون السبب الصحيح الذى يستند اليه الحائز سندا صادرا من غير مالك فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن المساحة الزائدة فى أرض الطاعنين لا يشملها عقد البيع الصادر اليه من البائع لهم فلا يمكن اعتبار هذا العقد سببا صحيحا بالنسبة لهذه المساحة وانما يعتبر الطاعنون غاصبين لها ولا يستفيدون من التقادم الخمسى : نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٥٤ ص ١٠٣٠ .

(٢) أما اذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد =

عن الصورة السابقة فى أن البيع هنا بات وملكية المبيع هى المعلقة علـى شرط ، أما فى الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع باتة .

خامسا ــ بيع الشيء الشـائع : فهنا يبيع الشخص شيئا يملكـه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر فى البداية أنه يبيع ملك غيره. ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله فى حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وأن لم يقع فى حصته اعتبر بائعا لملـك الغير .

سادسا ــ بيع الوارث الظاهر : وهذا اذا كان فى حقيقته بيعا لملك الغير لأن الوارث الظاهر لايملك المبيع ، الا أن هناك اعتبارات ترجع الى الاستقرار الواجب للعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحا نافذا فى حق الوارث الحقيقى . ومن ثم يتملك المشترى المبيع ، فلا يعود فى حاجة الى الحماية التى أولاها القانون للمشترى فى بيع ملك الغير (١) .

= اصبح المشترى غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع اذا كان البيع احتماليا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٠ ــ الاستاذ أنور سـلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٩ ــ قارن الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٨) .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . ونظير ذلك المشترى فى بيع ملك اذا ملك المبيع بالحيازة فى المنقول أو بالتقادم فى المنقول والعقار ، أو اذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقى البيع ، فتنتقل فى جميع هذه الاحـوال الملكية الى المشترى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ ــ بودرى وسينيا فقرة ١٢٤ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨) .

على أن المشترى فى بيع ملك الغير ، اذا كسب ملكية المبيع بالحيازة فى المنقول أو بالتقادم فى المنقول والعقار ، يكون قد كسـبها بالحيـازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى الى أن المشترى فى هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد ، لان التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ ــ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ ــ الاستاذ انور سلطان فقرة ٤١١ ــ الاستاذ منصـور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١) .

واذا كسب المشترى فى بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير =

فيبقى بعد كل ذلك ، فى منطقة بيع ملك الغير ، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له اذا قصد بالبيع نقل الملكية فى الحال (١) . ويستوى أن يكون البائع عالما بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعا قضائيا ، ويستوى فى البيع القضائى أن يكون بيعا جبريا أو بيعا اختياريا (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيرا فى العمل . فالأب قد يبيع ملك ولده ، لا باعتباره نائبا عنه ، بل باعتباره أصيلا عن نفسه . والزوج قد يبيع ملك زوجته (٣) والوارث قد يبيع عينا ليست فى التركة ، أو فى التركة ولكنها لم تقع فى حصته . والشريك فى الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيرا ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر بيوعا لملك الغير (٤) .

= هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقى او ورثة عنه او اخذه وصية منه ، فان بيع ملك الغير لا ينقلب صحيحا فى هذه الحالة . بل يبقى قابلا للابطال ويكون للمشترى الحق فى طلب ابطاله (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ويتقدم البائع عادة فى بيع ملك الغير يضيف البيع الى نفسه . فان اضافة الى المالك الحقيقى وكان نائبا عنه ، فان البيع يعتبر صادرا من المالك الحقيقى وفقا للقواعد المقررة فى النيابة . اما اذا لم يكن نائبا عنه ، فان البيع فى هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من المقرر شرعا ان من يبيع ملك غيره على انه ملك لنفسه فبيعه باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلا . انما ينعقد موقوفا على اجازة مالكه اذا باعه على أنه ملك لغيره . وولاية الاب على ولده الصغير وان كانت تخول له حق بيع عقار قاصره ، الا انها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الولى أنه ملك ابنه (٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ - انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٢٧٠ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٨ - انسيكلوبيدى داللوز =

وبيع ملك الغير قابل للابطال كما قدمنا . فنؤصل هذا البطلان ، ثم نبين أحكام البيع ذاته .

١ - تأصيل البطلان فى بيع ملك الغير

١٥٥ - النظريات التقليدية : تقضى المادة ١٥٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشترى الحق فى التعويض اذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع . وقد تضاربت الآراء فى الفقه الفرنسى فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، اذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب الى أن هذا البيع انما هو قابل للفسخ وليس باطلا ، وترجع قابليته للفسخ الى أن البائع لم يقم بالتزامه من نقل ملكية المبيع الى المشترى ، فللمشترى أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ، اذ هو يتعارض تعارضا صريحا مع نص التقنين الفرنسى ومع نص التقنين المصرى أيضا ، فالنص فى التقنينين على البطلان والبطلان شىء غير الفسخ . هذا الى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب ، لكان للقاضى سلطة تقديرية فى اجابة المشترى اليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية الى المشترى

= ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٧ - الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

(١) كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفنوار فى الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ - جودمين فى النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الاستاذ جميل الشرقاوى رسالة فى نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى فى عهد التقنين المدنى المصرى الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدنى الايطالى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩ - بيع ملك الغير قابلا للفسخ حتى لو كان المشترى يجهل أن البائع غير مالك .

ويذهب الاستاذان كولان وكابيتان (٢ فقرة ٨٦٩) - الى أن التقنين المدني الفرنسى جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

بعد رفع الدعوى (١) •

وهناك رأى ثان يذهب الى أن البيع باطل بطلانا مطلقا (٢) ، اما لانعدام السبب اذ التزام المشترى لا يقابله شىء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل اليه الملكية ، واما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك الى المشترى • وعيب هذا الرأى أنه يتعارض هو أيضا معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التى ينتجها بيع ملك الغير وسنفصلها فيما يلى ، ولو كان هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا لما أنتج أثرا • هذا الى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شىء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب اذن غير معدوم ، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، واذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع الى المشترى فالجزاء انما هو الفسخ لا البطلان المطلق (٣) •

وهناك رأى ثالث يذهب الى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا ، اما لغلط فى شخص البائع فقد توهم المشترى أنه مالك للمبيع ، واما لغلط فى المبيع فقد توهم المشترى أنه مملوك للبائع (٤) • وعيب هذا

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ •

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ — استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ — بيدان ١١ فقرة ١٠٤ — استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ •

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ — ص ١٠٩ — والذى يعتبر مستحيلا استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلا بطلانا مطلقا هو أن يبيع شخص لآخر شيئا يتبين بعد ذلك أنه كان مملوكا للمشترى وقت البيع ، كأن يكون هذا الشىء موصى به من المالك الحقيقى للمشترى دون أن يكون هذا عالما بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٩ — وانظر آنفا فقرة ١٥١ فى الهامش) — ويقول الاستاذ اسماعيل غانم : « أما استحالة محل البيع فى بيع ملك الغير فهى استحالة نسبية ، اذ أن هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقى » مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ١٥) •

(٤) جرسران ٢ فقرة ١٠٤٣ وفقرة ١٠٤٥ ، ويذهب الى ان بيع ملك =

الرأى واضح ، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلا للابطال الا اذا كان المشترى حسن النية فيكون قد وقع فى غلط فى البائع أو فى المبيع • وهذا يتعارض مع عموم النص فى التقنين الفرنسى ، ومع صريح النص فى التقنين المصرى فان المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح بوجوب التعويض للمشترى اذا كان حسن النية فاذا كان سىء النية بقى البيع قابلا للابطال وان كان المشترى لا يستحق التعويض (١) •

على أن الفقة الفرنسى الحديث أخذ يعدل عن هذه النظريات التقليدية ، ويذهب الى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست الا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشترى الى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقى • فهو فى دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يتربص حتى يتعرض له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق • اما فى بيع ملك الغير فقد اجاز المشرع للمشترى ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى ، بل يبادر الى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان هذه ليست الا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشترى garantie d'éviction anticipée

---

= الغير الباطل يفترض فيه دائما ان المشترى حسن النية وانه يجهل ان الشىء مملوك لغير البائع (أنظر عكس ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) •• وانظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسى الايطالى • وهى تبنى بطلان بيع ملك الغير على الغلط •

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٨ — والبطلان النسبى هو الذى وقف عنده التقنين المدنى المصرى السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصح اذا أجازه المالك الحقيقى (م ٢٦٤/٣٣٣) ، والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ، وانما تلحق الاجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا • وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ، وساير الفقه الفرنسى فى اضطرابه (انظر فى الفقه المصرى فى عهد التقنين السابق الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٦٣ ـ فقرة ١٦٨ ـ عقد الايجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ — الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٥٨٨ وما بعدها) •

anticipèe (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هى دعوى ضمان استحقاق استبق اليها المشترى يقتضى أن تكون مدة التقادم ،لا عشر سنوات كما هو الأمر فى القانون الفرنسى ، بل ثلاثين سنة وهذه هى مدة التقادم فى القانون الفرنسى فى دعوى الضمان . فلابد اذن أن يختلط ، فى دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (٢) .

١٥٦ ـ **رأى يستند الى نظرية تحول العقد الباطل** : والتقنين المدنى المصرى الجديد صريح فى أنه يجوز للمشترى ابطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفى أنه اذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى (م ١/٤٦٧) ، وفى أن البيع ينقلب صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد (م ٤٦٧ / ٢) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للابطال ، وقد قنن المشرع المصرى بهذه النصوص الرأى الذى ساد فعلا فى كل من الفقه المصرى والفقه الفرنسى .

---

(١) بيدان ١١ فقرة ١٠٤ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودرى وسينيا الى أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلى هو استحالة تنفيذه ، وأن هذه الاستحالة تنطوى على خطأ فى جانب البائع اذ التزم بما لا يستطيع تنفيذه . فالبطلان الذى يقوم على هذا الاساس انما هو بطلان لمصلحة المشترى ، فهو بطلان نسبى وتقرب آثاره من آثار البطلان للغلط (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١) .

ويذهب بلانيول وريبير وهامل الى انه لما كان البيع فى القانون الرومانى لا يلزم البائع بنقل الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحا ، فان البيع فى القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل الملكية يجب أن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، وقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٥٩٩) فعلا على هذا البطلان . ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا لم يجدا من الضرورى أن يسلبا بيع ملك الغير من أى أثر يترتب عليه ، فحولا البطلان لحماية مصلحة المشترى ، فيستطيع هذا طلبه اذا هو لم يظفر بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان اقرب الى أن تكون دعوى ضمان استحقاق مستبقة garantie d'éviction anticipée (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥) .

(٢) انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٨٩ .

بقى أن نؤصل هذا البطلان • وهناك رأى ذهب اليه الأستاذ سليمان مرقس (١) فى عهد التقنين المدنى الجديد . يقول بان بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة فى الظروف الخارجية المحيطة بالبائع • ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (coversion) المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى • فيتحول بيع ملك الغير طبقا لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فورا الى بيع منشىء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع • وقد فرض المشرع فرضا غير قابل لاثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشترى الى ذلك فمفروض الى أن يثبت العكس ، فاذا تمسك المشترى بابطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته الى التحول ويختم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارة الآتية : « وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة الى التحول ، اذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة الى التحول فرضا غير قابل لاثبات العكس ،دون أن يفرض مثل ذلك فى نية المشترى » (٢) •

ونأخذ على هذا الرأى أمرين :

أولا ــ القول بأن بيع ملك الغير هو فى أصله باطل بطلانا مطلقا يتعارض تعارضا واضحا مع صريح نصوص التقنين المدنى المصرى ،

---

(١) البيع فقرة ٢٨١ •

(٢) الاستاذ سليمان مرقس فى البيع فقرة ٢٨١ م ص ٤٦٢ ــ وانظر فى رد مطول على هذا الرأى الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٥٤ ــ ص ٢٥٨ •

فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للابطال لا باطل بطلانا مطلقا (١) .

ثانيا ــ والقول بأن العقد الباطل قد تحول الى عقد منشىء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضى أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد ــ لا بعد ذلك ــ الى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل . ونية المشترى المحتملة تستعصى على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا الى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز اثبات العكس ، وينبغى ألا يجوز تبعا لذلك للمشترى أن يطلب ابطال البيع . واما ألا تكون قد انصرفت الى العقد الجديد ، فلا يكون هناك تحول ، وينبغى أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

١٥٨ ــ رأى آخر يذهب الى أن بيع ملك الغير عقد موقوف :
وهناك رأى آخر يذهب الى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف فى الفقه الاسلامى . قال بهذا الرأى الأستاذ شفيق شحاتة فى كتابه « النظرية العامة للتأمين العينى (٢) » اذ كتب ما يأتى : « وقد تضاربت آراء الشراح فى طبيعة البطلان الذى يلحق بيع ملك الغير .على أن الرأى الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ فى حق المالك. وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين .وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا ، فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقدا موقوفا . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الاقرار الصادر من المالك ، فاذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك ، واذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم

---

(١) ولا يقال ان هناك استجابة مطلقة فى ان يلتزم البائع بنقل ملكية شىء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان المطلق .

(٢) الجزء الاول فقرة ٩٢ .

الأثر كما كان (١) » .

ويؤخذ على هذا الرأى ما يأتى :

أولا ــ لو كان بيع ملك الغير عقدا موقوفا ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقى ، كما تقضى بذلك أحكام الفقه الاسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره فى الحال ، شأنه شأن أى عقد قابل للابطال ، ولا يبطل الا اذا طلب المشترى ابطاله . ثم ان المشترى يملك الاجـازة ، والعقد الموقوف فى الفقه الاسلامى لايجيزه الا المالك الحقيقى .

ثانيا ــ نظرية العقد الموقوف اذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى عن الفقه الاسلامى باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون (م ١/٢ مدنى) ، فذلك لا يكون الا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فيكـون تعاقده موقوفا على اجازة الموكل ، اذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقدا قابلا للابطال لا عقدا موقوفا ، فيجب فى هذه الحالة اعمال النص الصريح (٢).

١٥٨ ــ **الرأى الذى نقف عنده ــ بيع ملك الغير قابل للابطـال بموجب نص خاص فى القانون أنشأ البطلان :** لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للابطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله

---

(١) ويشـــير الاستاذ شـفيق شـحاته فى الحاشية الى نظرية الفقه الاســـلامى فى البيع الموقوف ، والى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الالمانى وتقضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون اجازة الوصى هو عقد غير نافذ ، والى المادة ١٠٩ وتقضى بأن الطرف الآخر فى التعاقد يســـتطيع الرجوع فى العقد ما لم يجزه الوصى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، ان نظرية العقـد الموقوف تفضـــل بكثير نظرية العقد القابل للابطال فى بيع ملك الغير . وقد بسـطنا ذلك تفصـيلا فى كتاب « مصـادر الحق فى الفقه الاسـلامى » الجزء الرابع ص ٣٠٥ ــ ص ٣٠٧ .

فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، ازاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، الا أن نرجع الى الاصل التاريخى لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحا ، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ،بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع الى المشترى وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان بيعه صحيحا . وكان يترتب على ذلك أن المشترى لشىء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع الا اذا تعرض له المالك الحقيقى ، فيبقى قبل هذا التعرض مهددا دون أن يستطيع شيئا قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك فى القانون القديم ، رغما من أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته الى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى ، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد ، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافيا لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلا للابطال لحماية المشترى ،فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، أن يبادىء البائع بطلب ابطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة اذن فى كون بيع ملك الغير قابلا للابطال هى منافاة هذا العقد لطبيعة البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفى ، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ، ولكن ليس فى القواعد العامة

---

(١) مذكرات غير مطبوعة فى البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ ـ عقد الايجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ ـ نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٩ مكررة .

ما يجعل منها سببا لابطال العقد • فسبب ابطال العقد ، وفقا للقواعد العامة ، ليس الا نقص الأهلية أو عيبا من عيوب الرضاء • لذلك كان لابد من نص خاص ينشىء بطلان بيع ملك الغير ، ويستند الى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص • فهو نص منشىء للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للابطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢) •

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيحتدم الخلاف بينهم ويتضاربون • والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعلة معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع • ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان • من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحا اذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، مع أن العقد القابل للابطال لا ينقلب صحيحا الا اذا أجازه العاقد الذي تقرر البطلان

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ •

(٢) وهذا هو المقر عملا في التقنين المدني الالماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير • فالبائع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشتري (م ٤٣٣) ، فاذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون باتفاق تال مستقل عن عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة الى العقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة الى المنقول (م ٩٢٩) • ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الالماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الالماني عن القانون الروماني اختلافا بينا (سالي في الالتزامات فقرة ١٥٢ وفقرة ٢٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٠ هامش رقم ٣) • وانظر ايضا في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق تال يقيد في السجل العقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق تال يصحبه التسليم •

لمصلحته وهو هنا المشترى (١). فلابد اذن من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى انشائه الى علة معقولة (٢).

---

(١) وسنرى أن المشترى اذا كان له أن يجيز بيع ملك الغير ، فان المالك الحقيقى له أيضا ان يجيزه ، بل أن اجازة المالك الحقيقى أبلغ اثرا من اجازة المشترى ، فهى تقلب العقد صحيحا وتجعله فى الوقت ذاته ساريا فى حق المالك . وسنرى أيضا أن العقد ينقلب صحيحا بمجرد أن يصبح مالكا للمبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف فى العقد القابل للابطال طبقا للقواعد العامة .

(٢) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ — ص ٥٠ — والاستاذ اسماعيل غانم ص ١٥ — وانظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ — ص ٣٩٢ .

وقد قررنا هذا الرأى نفسه فى كتاب الايجار فى العبارات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لانه خاضع فى مصدره وفى أحكامه الى مبادىء اخرى خاصة به . فمن العبث اذن أن نحاول البحث فى القواعد العامة على ما يستند اليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة فى البطلان فراجعة الى ان البيع ناقل بطبيعته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يلتزم بنقل الملكية بل بنقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحا . واستمر الحال كذلك فى القانون الفرنسى القديم ، مع الالتجاء الى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما فى القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير مناقضا لها . ولاحظ واضعو قانون نابليون هذا التغيير ، فرتبوا عليه نتيجته المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان — وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع — على وجاهتها بكافية وحدها فى تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لانها لا تستند الى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لابد من نص صريح ينشىء البطلان ويخلقه ، فالمواد ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوصا منشئة لا مقررة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة البطلان المشار اليها (وهذا هو الامر فى القانون الالمانى) — ونرى مما تقدم انه حتى يكون ايجار ملك الغير باطلا ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع — وفى الوقت الذى كان بيع مالك الغير فيه يعتبر صحيحا ، كان يترتب على ذلك ان المشترى لا يستطيع أن يحرك ساكنا قبل ان يتعرض له المالك الحقيقى . فلما أصبح البيع ناقلا للملكية ، كان هذا كافيا لاخراج المشترى من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لانه كان يستطيع طلب فسخ البيع مادام البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع — مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد =

= البيع وصيرورته عقدا ناقلا للملكية يستلزم منطقيا بطلان بيع ملك الغير — قرر أيضا هذا البطلان • فأصبح المشترى بالخيار بين أن يلجأ الى الاحتماء بالمبادىء العامة ويطلب الفسخ — بعد أن يجيز البطلان ولو ضمنا •• وبين أن يلجأ الى الحماية الخاصة التى أعطاها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطلب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان » (عقد الايجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣) •

ويتفق معنا الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد نشأ من نص تشريعى خاص • ولكنه يقول أن الاتفاق اذا كان من شأنه نقل الملكية فى الحال ، فالبيع قابل للابطال أما اذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية فى الحال بل يكتفى بتقرير التزام فى ذمة البائع بنقلها ، فلا تناقض ، اذ يجوز أن يحصل البائع على الملكية وينقلها للمشترى وبذلك يفى بالتزامه (انظر مقالا له فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٥٩٩) • وفى رأينا أن البيع الذى يقرر التزاما بنقل الملكية فى ذمة البائع لا يختلف فى طبيعته عن البيع الذى ينقل الملكية فى الحال ، فالبيع لا ينقل الملكية الا لانه أولا ينشىء التزاما بنقلها ، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلا • ولذلك لا نفرق — من حيث طبيعة العقد — بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاما بنقل الملكية ، وبيع العقار المسجل وينقل الملكية فعلا . فكلاهما عقد ناقل للملكية تتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير ، وكلاهما قابل للابطال • وقد اضطر الاستاذ حلمى بهجت بدوى ، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كعقد ناقل للملكية ، أن ينكر هذه الطبيعة أيضا على بيع العقار غير المسجل ، اذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد ، ولا يبطله اذا كان صحيحا • وقاده هذا المنطق الى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحا ، مخالفا فى ذلك البداهة والاجماع • وسنعود الى هذه المسألة فيما يلى •

ويتفق معنا كذلك الاستاذ حامد زكى فى أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقا للقواعد العامة بل انشأه الشارع بنص خاص • ولكن علة البطلان عنده ترجع « الى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشترى على الملكية وانتقالها اليه ، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متراخيا الى حين حصول التسجيل ، فمن يبيع ملك غيره ليس فى مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية ، ولذا أبطل المشرع تصرفه » (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٦٦) • ولا نرى فرقا ، فى استظهار علة البطلان ، بين القول بأن ذلك راجع الى أن البيع ينشىء التزاما بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير ، والقول بأن ذلك راجع الى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشترى على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود ، فالتعبيران وان كانا مختلفين ينطويان على فكرة جوهرية واحدة •

انظر فى استعراض هذه الآراء وانتقادها الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ — ٢٦١ — وينتهى الى القول : « ويبدو لنا ، =

١٥٩ — بيع عقار الغير قابل للابطال بعد التسجيل وقبله : ويلاحظ أن بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية ، سواء سجل أو لم يسجل. فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده ، من طبيعة عقد البيع ونصوص هذين القانونين صريحة فى هذا المعنى • فتنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التى من شأنها انشاء ملكية •• يجب شهرها بواسطة تسجيلها » • وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن « جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب شهرها بطريق التسجيل » • فبيع العقار قبل أن يسجل لايزال من شأنه — أو من طبيعته — نقل الملكية ، اذ ينشىء التزاما بنقلها فى جانب البائع • فبيع عقار الغير اذن لا يزال منافيا لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فعلة البطلان فى البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل • بل ان التقنين المدنى الجديد جاء حاسما فى هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشترى ابطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، اذ يقول فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشترى طلب ابطال البيع) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » • وما دامت علة البطلان موجودة ، وما دام النص المنشىء

= بعد عرض هذه الآراء ، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للابطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الاخرى كالايجار مثلا ، لا يستند الى أى أساس فنى • وانما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية ، وقد تأثر فيه المشرع المصرى بمسلك القضاء الفرنسى الذى لم يلتزم حدود النص ، وخرج عما قصده واضعوا قانون نابليون الذين يبدو انهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق •• ولهذا ننتهى الى انه لا يوجد اساس فنى يبرر ابطال بيع ملك الغير • وربما كان مسلك القضاء الفرنسى الذى تأثر به المشرع المصرى قد جاء نتيجة الرغبة فى تكملة أحكام ضمان الاستحقاق •• ولهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون ان دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست الا اعمالا لضمان الاستحقاق قبل ان يتحقق التعرض الفعلى ، أو انها تكفلة لاحكام الضمان » (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٣ وص ٢٦٤) •

للبطلان عاما يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل . وجب القول ان بيع عقار الغير يكون قابلا للابطال قبل تسجيله . ويبقى بطبيعة الحال قابلا للابطال بعد التسجيل .

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، قابل للابطال بعده (١) . فان التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا . فلو كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فانه ينبغى أن يستمر صحيحا بعده (٢) . ولما كان بيع عقار الغير قابلا للابطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلا للابطال بعد التسجيل .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المقصود بالبيع نقل الملكية فى الحال ، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية فى الحال ، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، ويبقى صحيحا بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا (٣) . ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية فى الحال ، ولكنها لا تنتقل فعلا لسبب لا يرجع الى ارادتهما . ففى حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية فى الحال ، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لا ارادة المتعاقدين . فتبقى علة البطلان — وهى قصد نقل الملكية فى الحال — متوافرة فى بيع عقار الغير قبل

---

(١) وهذا ما قال به الاستاذ احمد نجيب الهلالى فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ — وهذا هو الأمر فى القانون الالمانى كما سبق القول .

(٣) وهذا ما ذهب اليه الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى المقال المشار اليه (مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٥٩٨ وما بعدها) . فهو يرى — كما سبق القول ، أن علة بطلان بيع ملك الغير هى أن الملكية فى البيع يجب أن تنتقل فى الحال ، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب على بيعه هذا الاثر . ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدور قانون التسجيل ، فقد زال سبب البطلان . ومن ثم يكون بيع عقار الغير فى رأيه صحيحا قبل أن يسجل ، ويبقى صحيحا حتى بعد التسجيل . هذا وقد حسم التقنين المدنى الجديد (م ٤٦٦/١) كل خلاف فى هذه المسألة بنص صريح كما قدمنا .

التسجيل ، فيكون هذا البيع قابلا للابطال . وقد ورد نص التقنين المدنى الجديد (م ٤٦٦ / ١) صريحا فى هذا المعنى كما سبق القول (١) .

ب ـ أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ ـ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك الحقيقى : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننتقل الى بيان أحكام هذا البيع : (أولا) فيما بين المتعاقدين (ثانيا) بالنسبة الى المالك الحقيقى .

أولا ـ فيما بين المتعاقدين :

١٦١ ـ المشترى وحده هو الذى يجوز له طلب ابطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى ، فالمشترى وحده هو الذى

---

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٠١ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩١ ـ وهذا هو الرأى الذى قلنا به فى عهد التقنين المدنى السابق ، واوجزناه فى كتاب الايجار فى العبارات الآتية : « هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير فى مصر لايزال باطلا حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث ، لان البيع لايزال من طبيعته نقل الملكية ، اذ هو يولد التزاما فى جانب البائع بنقل الملكية ، وان كانت لا تنتقل الا بالتسجيل . وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لايزال موجودا ، والنص المنشىء للبطلان (م ٢٦٤/٣٣٣) لم يلغه قانون التسجيل . ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير ، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل . ولا يصح فى نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل ـ أنظر الاستاذ الهلالى فى البيع فقرة ٣٤٦ ـ فقرة ٣٤٨ ـ لان التسجيل لازال حتى الان لمجرد الاشهار ، وليس من شأنه أن يبطل عقدا صحيحا أو يصحح عقدا باطلا (عقد الايجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ ـ وانظر أيضا نظرية العقد للمؤلف ص ٦١٢ هامش رقم ٢) .

وانظر ايضا فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق الاستاذ حامد زكي (البيع للاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٤ ـ فقرة ١٧٥) .

يجوز له طلب ابطال البيع (م ٤٦٦/١ مدنى) • وله أن يتمسك بابطال البيع ، اما فى صورة دعوى ابطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، واما فى صورة دفع يدفع بـه دعـوى البائع اذا طالبه هذا بالثمن (١) •

وللمشترى أن يتمسك بابطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع • فهو انما رضى بالبيع معتقدا أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكيـة المبيع فينقلها اليه ، فاذا تبين له أن البائع لايستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى ، بل له أن يبادر الى المطالبة بابطال البيع • وهذه هى المزية الجوهرية فى أن المشرع قـد نص على جعل بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى ، كما سبق القول •

واذا رفع المشترى دعوى الابطال (٣) ، فقد ثبت حقه فى ابطال البيع • ويتحتم على القاضى أن يحكم لـه بذلك ، حتى لو أقـر المالك الحقيقى البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشترى قد رفع دعوى الابطال قبل اقرار المالك الحقيقى أو قبل صيرورة البائع مالكا • ذلك أن القاضى انما يرجع فى حكمه الى وقت رفع الدعوى ، وفى هذا الوقت كان البيع قابلا للابطال ولم يكن المالك الحقيقى قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (٤) •

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودرى وسـينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيـدان ١١ فقرة ١٠٥ - بلانيـول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ص ٥١ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ •

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ •

(٣) وسنرى أن دعوى الابطال هى غير دعوى الفسـخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق •

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا أقر المالك الحقيقى البيع قبل ان يتمسـك المشترى بالبطلان باجراء صحيح ، فان البيع ينقلب صحيحا (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧ - ٢٥ فبراير سـنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨) • وقضت أيضـا بأن للبائع أن يحتج باقرار المالك الحقيقى للبيع فى دعوى الابطال التى رفعها المشترى (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ =

وتسقط دعوى الأبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنه من وقت البيع ، وهذا قياسا على سائر دعاوى الابطال (١) •

= ص ٣٦٥ • ويسير القضاء الفرنسى على هذا النحو (انظر بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ص ١١٤ ـ ص ١١٥ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢١ وأحكام القضاء الفرنسى المشار اليها) •

ومع ذلك فقد قضت محكمه الاستئناف المختلطة بأن مجرد رجوع المشترى عن البيع فى بيع ملك الغير واعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الاقرار من المالك الحقيقى يكفى لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ ـ وانظر ايضا فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٤ ص ٤٤٦) •

وعلى العكس مما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن اجازة بيع ملك الغير ، اذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياما من جهة البائع لملك الغير بنفاذ تعهده وهو نقل الملكية ، ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشترى ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ ص ٨٤ ـ وانظر أيضا فى هذا المعنى جيوار فقرة ١٨٩ ـ دى هلتس ٤ لفظ Vente ص ١٤ ـ الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٨ ص ١٧١) •

ولا شك فى أن ابطال البيع بمجرد اعلان المشترى رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الابطال ، بالرغم من اقرار المالك الحقيقى للبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدنى) • أما قبول اقرار المالك الحقيقى بعد رفع دعوى الابطال وقبل صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يتفق مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الابطال ، اذا ظهر أنه لم تعد للمشترى مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالابطال • ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدنى من أنه : « ١ ـ ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية • ٢ ـ ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه ، اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » •

(١) انظر من هذا الرأى فى الفقه المصرى الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ ـ الاستاذ اسماعيل غانم ص ١٧ ـ ص ١٨ ـ وفى الفقه الفرنسى : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ ـ ص ٥٢ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ •

(ومع ذلك فقد ذهب الاستاذ سليمان مرقس ـ ويوافقه الاستاذ محمد =

اما البائع فلا يملك طلب ابطال البيع ، لأن الابطـال لم يتقـرر لمصلحته بل لمصلحة المشترى (١) • وهنـاك رأى وجيه يذهب الى أن للبائع طلب ابطال البيع للغلط ، اذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٢) •

= كامل مرسى (فقره ٢٣٢ ص ٤٤٤) — الى ان « المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق ، فنسرى عليه الاحكام العامه • غير ان المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعاوى الابطال بثلاث سـنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الابطال مبدا هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط او التدليس او انقطاع الاكراه او زوال نقص الاهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير فيتعين القول بان هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد ، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لان المشرع لم يأخذ بالمدة الاخيره الا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت ابرام العقد • أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فان التقادم لا يتم الا بخمس عشرة سنة » (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠) • ونخالف هذا الراى ، فان المواد ١٣٨ — ١٤٠ مدنى جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للابطال أيا كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسـقط الحق فى ابطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١٤٠/١ مدنى) • ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى لم تحدد مبدا سريان التقادم بالنسبة الى بيع ملك الغير ، فقياسا على الاحوال التى حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم — ويستخلص منها أن بدأ السريان لا يكون الا عند تمكين صاحب الحق فى الابطال من رفع الدعوى — يجب القول بأن التقادم فى حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه الا من وقت تمكين المشـتـرى من رفع دعوى الابطال اى من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع • وقياسا ايضا على الحالات المتقدمة — الغلط والتدليس والاكراه — تسقط دعوى الابطال أيضا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير • وليس صحيحا ان مدة الثلاث السـنوات تبدأ دائما من وقت تال لابرام العقـد ، فقد تبدأ من وقت ابرام العقـد ، كما اذا انقطع الاكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الاكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما اذا كان المشترى فى بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقـادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صـدور البيع (الاسـتـاذ اسماعيل غانم ص ١٨) •

(١) بيدان ١١ فقرة ١٠٥ •

(٢) ديفرجيه ١ فقرة ٢٢٠ — ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٥ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ — الاستاذ جميـل الشرقاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ — بل يذهب بعض الفقهاء الى أن للبائع حتى لو كان سىء النيـة أن يدفع بعدم تسليم المبيع اذا كان يسلمه الى المشترى ، لان اجبار البائع على =

١٦٢ — وللمشترى أن يطلب التعويض : ولا يقتصر المشترى على طلب ابطال البيع ، بل له أيضا أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من خسارة لحقت به او كسب فاته ، بسبب ابطال البيــع (١) • ولكن يشترط فى ذلك أن يكون حسن النيه (٢) ، أى آلا يكون وقت البيع عالما بان البائع لا يملك المبيع (٣) • أما اذا كان يعلم ذلك ، فانه يستطيع أن

= تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه اكراه له على أن يعتدى على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) •

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون الى انه لا يجوز للبائع طلب ابطــال البيع ، ســـواء كان سيء النية او حسن النيــة ، لان طلب الابطــال لم يتقرر الا لمصلحة المشترى ، ولان التزام البائع بالضمان يتعارض مع ابطاله لبيع ، ولان البائع حتى لو كان حسن النية مقصر فى بيعه شـــيئا غير مملوك له : بودرى وســينيا فقرة ١١٦ ص ١١١ — ص ١١٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقره ٤٨ ص ٥١ — الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٠٦ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٦٦ — وانظر عرضـــا لهذه الاراء المختلفة : الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٧٥ هامش رقم ٣ •

ولا يجوز للمالك الحقيقى ان يطعن فى البيع بالابطال ، اذ أن البطلان لم يتقرر لحمايته هو بل لحماية المشترى ، وانما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزه ، ولا يحتج عليه بالبيع فالبيع غير نافذ فى حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) •

(١) ويميل الفقه الفرنسى الى جعل مدى التعويض هنا كمداه فى ضمان الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) •

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ •

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعا الى خطأ جســيم فى جانبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ — قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ — بيدان ١١ فقرة ١٠٨) •

وقد قضت محكمة النقض بان المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهــل ان المبيع غير مملوك للبائع فله ان يطالبه بتعويض ولو كان البائع حسن النية » ، هو تقرير حق المشترى الذى حكم له بابطال البيع فى التعويض متى كان حسن النية ، واذ جعل المشرع مناط حسن نية المشـــترى هو جهله بان المبيع غير مملوك للبائع فهو يعنى آلا يكون هذا المشترى عالما وقت شرائه بان البائع له لا يملك المبيــع وبانه يســـتحيل عليه لذلك نقل الملكية اليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بان سند البائع له عقد بيع ابتدائى لما يسجل ، اذ فى هذه الحالة لا يســتحيل على البائع نقل الملكية اليه بل ان انتقالها يكون ممكنا =

يطالب بابطال البيع ، ولكنه لا يسترد الا الثمن دون أى تعويض ، بـل دون مصروفات البيع التى انفقها ، ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يحمل تبعة ذلك (١) .

ولا يشترط فى جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سىء النيه أى أن يكون عالما وقت البيع ان المبيع غير مملوك له فحتى لو كان البائع حسن النيه ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز ان يطالب المشترى بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى اذ تقول : «اذا حكم للمشترى بابطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله ان يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (٣) » .

= بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه ولا يعنى عدم تسـجيل العقد عيبا فيه ، ذلك ان عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشترى وبتسجيله تنتقل اليه الملكية فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع : نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٨١٤ .

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - اوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥١ هامش ٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

ولكن يجوز للمشـــترى ، حتى لو كان عالما وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، ان يشـــترط فى عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن اذا انتزع المالك الحقيقى المبيع من يده (بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - انسيكلو بيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٤ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) - وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع اخلاء نفسه من المسئولية عن التعويض اذا كان اساس هذه المسئولية هو الخطأ التقصيرى اذ لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية (الاستاذ منصـــور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - اســـتئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن فى عهد التقنين المدنى السابق رأيا يذهب الى ان البائع حسن النية لا يكون مسئولا عن التعويض ، استنادا الى النص الفرنسى للمادة ٣٣٣/٢٦٥ وهو يشـــترط فى التعويض ســـوء نية البائع (اســـتئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دى هلتس ٤ لفظ vente فقـرة ١٩ - والتـون ١ ص ٣٣٩ - الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨) .

ومصدر التعويض ، بعد ابطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ، فقد زال بالابطال • وانما يصح أن يرد مصدر التعويض فى حالة سوء نية البائع الى الخطأ التقصيرى ، وفى حالة حسن نيته الى نظرية الخطأ فى تكوين العقد (culpa in contrahendo) (١) • كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد ابطاله الى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت الى هذا الالزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيبطل (٢) •

١٦٣ - وللمشترى أن يجيز البيع - دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق : على أن المشترى قد لا يطلب ابطال البيع ، بل يجيزه صراحة أو ضمنا (٣) ، فينقلب البيع صحيحا ، ويبقى منشئا لالتزامات

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الاستاذ سليمان مرقص فقرة ٢٧٦ ص ٤٥٥ - الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الاستاذ اسماعيل غانم ١٨ •

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين ان مصدر المسئولية عن التعويض اذا كان البائع حسن النية هو انه يعتبر مقصرا اذ باع ما لا يملك ، واذا كان سيء النية فمصدر المسئولية هو اختلاسه لملك الغير (stellionat) (بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ٢٣١٩) • ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع فى أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسئولية البائع ليست مسئولية تعاقدية لان العقد قد ابطل ، ولا هى مسئولية تقصيرية لان الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ •ويشير الى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) •

(٣) وتستخلص الاجازة الضمنية من تنفيذ المشترى للبيع مختارا بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢) •

وقد قضت محكمة النقض بان بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره ان يطلب ابطال العقد • وما لم يثبت ان البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فان عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى ان يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه اجازة للعقد : نقض مدنى فى ٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ (صفحة ٢٩٨) •

فى جانب البائع والتزامات فى جانب المشترى (١) • ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع الى المشترى ، لأن المالك الحقيقى وهو أجنبى عن العقد لا تنتقل منه الملكية الا برضائه • وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدنى اذ تقول : « وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشترى العقد » (٢) •

واجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للابطال ، وتقلبه صحيحا فيما بين المتعاقدين كما قدمنا • فيكون البائع ملتزما بنقل المبيع وبتسليمه (٣)

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما منتجا لاثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لاركانه ولو حمل سببا لبطلانه ، ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله أو تبعيض محله ، ولو تبين ان المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة • لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالاحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع ، وحمل قضاءه على ما أنبأ به من ان البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة ••••• وان البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز الا باجازته ، ولم يجزه ، فلا تجوز الشفعة فيه ، فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ١٠ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٤٣ ص ١٧٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان صحيحا ان تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية الى المشترى الا اذا كان البائع مالكا لما باعه ـ وبيع ملك الغير قابل للابطال لمصلحة المشترى وحده ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى ولهذا المالك ان يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشترى ، كما ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد • فاذا كان الطاعنون ـ ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير ـ قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا الى هذا العقد المسجل فانهم يكونون بذلك قد اجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى ان يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه • ومن ثم فلا يكفى لعدم اجابة الطاعنين الى طلبهم ان يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم ان البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب ان يثبتوا ايضا انهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع اذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١١٣ ص ٧٨٠ •

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ ـ وهناك خلاف فى التزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قدمنا ان هناك رايا يذهب الى ان للبائع ان =

وبضمان الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع ويكون المشترى ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع ٠

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشترى يجوز له فى هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع (٢)، ويجوز له أيضا اذا تعرض له المالك الحقيقى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٣) ٠

= يدفع دعوى المشترى بالتسليم ولو كان البائع سيء النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) ٠ وهناك رأى آخر يذهب الى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، اذ يستطيع عندئذ أن يطعن فى البيع بالغلط (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) ٠ انظر آنفا فقرة ١٦١ ٠

ولكن اذا سلم البائع المبيع الى المشترى ، لم يستطع أن يسترده منه ليسلمه الى المالك الحقيقى ، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصى (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ــ ص ٤٤٧) ٠

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد اجازة البيع والرجوع بدعوى الابطال دون اجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشترى الا اذا تعرض له المالك الحقيقى فعلا وطالبه برد المبيع ، أما دعوى الابطال فيرفعها المشترى حتى قبل تعرض المالك الحقيقى له ٠ على أن المشترى بعد اجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ ٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن اجازت المادة ٤٤٦ من القانون المدنى للمشترى فى حالة بيع ملك الغير ان يطلب ابطال هذا البيع ، الا انها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على اساس ان البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١ ٠

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فان الاستحقاق اذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير ، اذ يكون قد اتضح ان البائع قد باع شيئا مملوكا لاجنبى ٠ ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لاحكام بيع ملك الغير ٠ ويترتب على ذلك ان المشترى فى بيع ملك الغير يكون بالخيار ، اذا استحق المبيع فى يده ، بين فسخ البيع أو ابطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق ٠ ويلاحظ أنه اذا اختار الفسخ ، فليس له ان يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع ان يطالبه به لو اختار ابطال العقد » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤) ٠

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية فى دعوى =

١٦٤ – ينقلب بيع ملك الغير صحيحا بأيلولة ملكية المبيع الى البائع : ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحا باجازة المشترى فحسب ، بل هو أيضا ينقلب صحيحا باقرار المالك الحقيقى كما سنرى ، وينقلب أخيرا صحيحا اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدنى ، اذ تقول : « وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه اذا آلت ملكية المبيع الى البائع – كأن ورث البائع المالك الحقيقى أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك – وهو يزال ملتزما بنقل الملكية لأن المشترى لم يتمسك بعد بابطال البيع (١) ، فان

= الفسخ أن العقد اذا أجيز ثم فسخ ، انعدم مصدر التعويض على أساس الخطأ فى تكوين العقد اذ أن هذا الاساس يفترض ان العقد لم يتكون ، وعلى أساس التحول اذ أن هذا الاساس يفترض ان العقد نشأ باطلا أو قابلا للابطال وبقى كذلك . فلم يبق الا اساس الخطأ ، وهذا الاساس يستبعد اذا كان البائع حسن النية .

(١) وقد قدمنا أنه اذا رفع المشترى دعوى الابطال قبل أيلولة ملكية المبيع الى المشترى ، وجب الحكم بابطال البيع ولو أصبح المبيع ملكا للمشترى قبل صدور الحكم النهائى (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٤ – ص ١١٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢١) . وبينا ان هناك رأيا يذهب الى أنه يكفى أن يطلب المشترى ابطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ، دون حاجة الى رفع دعوى الابطال ، حتى يمتنع تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع الى البائع قبل رفع دعوى الابطال (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ فقرة ٥٤ – الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) . وقلنا ان هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدنى) وذكرنا ان هناك رأيا آخر يذهب ، على العكس من الرأى المتقدم ، الى ان البيع يصح بأيلولة ملكية المبيع الى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الابطال مادام قد تم قبل صدور الحكم النهائى (جيوار فقرة ١٨٩ – دى هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٤) ، وأسسنا هذا على المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الابطال . وانظر أيضا الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق باقرار المالك الحقيقى للبيع يذهبان الى أن البيع لا يصح الا اذا صدر الاقرار قبل رفع المشترى دعوى الابطال (انظر فقرة ١٨١) – انظر فى كل ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ١٦١ فى الهامش .

هذا الالتزام ينفذ فورا مادام العائق الذى كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ، قد زال وأصبح البائع مالكا • ومن ثم تنتقل الملكية الى المشترى _ بعد التسجيل فى العقار _ بمجرد أيلولتها للبائع (١)•ومتى أصبح المشترى مالكا للمبيع ، لم يعد هناك محل لابطال البيع ، لأن الابطال تقرر لحماية المشترى وقد أصبح الآن فى غير حاجة لهذه الحماية • فينقلب البيع صحيحا ، وذلك بحكم القانون لا بحكم الاجازة • ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع الى المشترى ، ملتزما بتسليمه اياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية • ويكون المشترى من جهته ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع (٢) •

ثانيا _ بالنسبة الى المالك الحقيقى •

١٦٥ _ **اذا لم يقر المالك الحقيقى البيع :** وسواء أجاز المشترى البيع أو لم يجزه ، فان المالك الحقيقى أجنبى عن هذا البيع ، فلا يسرى

---

(١) وينتقل المبيع الى المشترى محملا بالحقوق التى رتبها عليه المالك الحقيقى قبل ان تنتقل الملكية منه الى البائع (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ _ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٧ _ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ _ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٩) •

(٢) وقد قدمنا أن المشترى قد يكسب الملكية ، لا عن طريق أيلولتها الى البائع ، بل عن طريق التقادم أو الحيازة فى المنقول ، فيصح البيع فى هذه الحالة بعد زوال السبب الذى كان يدعو الى ابطاله • وذكرنا أن هناك رأيا يذهب الى أن المشترى فى هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد فقد لا يقره ضميره على ذلك (أنظر آنفا فقرة ١٥٤ فى الهامش) _ وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته ، فيصبح مالكا ويصح البيع • وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا تمسك المشترى بأن البائع له ، وان كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع ، الا انه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازه من كان حصل له التصرف أولا ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها (نقض مدنى ٨ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣) •

فى حقه كما قدمنا (١) • ومن ثم يبقى المالك الحقيقى مالكا للمبيع اذا لم يقر البيع ، ولا تنتقل منه الملكية الى المشترى ولو أجاز المشترى البيع فانقلب صحيحا • ويترتب على ذلك أنه سلم البائع المبيع الى المشترى فان المالك الحقيقى يستطيع أن يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت محكمة الموضوع ملزمة باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح ، وكان الثابت من الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه ان الطاعن اقام دعواه طالبا الحكم بابطال عقد البيع موضوع النزاع بالنسبة لحصته البالغ مقدارها ١٢ قيراطا على الشيوع فى العقار المبيع استنادا الى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من القانون المدنى ، فان التكييف القانوني السليم للدعوى هى انها اقيمت بطلب الحكم بعدم سريان ذلك العقد فى حق الطاعن : نقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ١٨١ ص ٩٨٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٤٦٦ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الاولى على انه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى ان يطلب ابطال العقد » ، كما تقضى الفقرة الثانية بعدم سريان هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ، واذ كان الطاعن قد اقام دعواه امام محكمة أول درجة طالبا الحكم بأبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الاول الى المطعون عليهما الثانى والثالث استنادا الى ان الاطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن فى صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها ، فان التكييف القانوني السليم للدعوى هو انها اقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن ، واذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بانها دعوى ابطال عقد البيع وذهب الى ان طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعدم تقديمه الى محكمة الدرجة الاولى فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٨٥ ص ١٦٥٩ •

كما قضت محكمة النقض بانه وان كان لا يجوز طلب ابطال بيع ملك الغير الا للمشترى دون البائع له ، الا ان المالك الحقيقى يكفيه ان يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه اصلا اذا كان العقد قد سجل اما اذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فانه يكفيه ان يطلب طرد المشترى من ملكه لان يده تكون غير مستندة الى تصرف نافذ فى مواجهته ، وان يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له : نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول ص ٣٦٣ •

يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا ، فيسترده من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض اذا كان سيء النية . أما اذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار فان المشترى وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشترى من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الابطال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . على أن المشترى قد يتملك المبيع ، لا بعقد البيع ، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو اذا كان حسن النية ، يكسب المنقول بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير . واذا كان سيء النية ، يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل . فاذا ما كسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقيقى أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقى أن يرجع على البائع بالتعويض. يرجع عليه بالتعويض اذا ملك المشترى المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا ، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشترى ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيتقاضى المالك الحقيقى من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيرا حتى لو لم يملك المشترى المبيع ولا الثمار ، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب فى الاضرار بالمالك الحقيقى ببيعه شئا مملوكا لهذا الأخير ، لا سيما اذا كان البائع سيء النية فانه يكون فى هذه الحالة مغتصبا . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فان حسن

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٥ ـ وانظر آنفا فقرة ١٥٤ فى الهامش وفقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) استئناف مصر ٢٣ ابريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٣٨

النية لا ينفى أن يكون هناك خطأ فى جانبه لعدم تحرزه فى بيع مالا يملكه (١) • لكن اذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلا فى تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض •

١٦٦ ــ اذا أقر المالك الحقيقى البيع : وقد يقر المالك الحقيقى البيع بالرغم من أنه أجنبى عنه ، وهذه خصوصية فى بيع ملك الغير كما قدمناه• وهذا الاقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقى الى المشترى (٢) ، اذ زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقى بالبيع • ولذلك يجب تسجيل هذا الاقرار فى بيع عقار الغير • ومتى انتقلت الملكية الى المشترى ، فقد زال السبب الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلا للابطال ، فينقلب صحيحا باقرار المالك الحقيقى (ratification) كما رأيناه ينقلب صحيحا باجازة المشترى (confirmation) • بل ان الاقرار أبعد أثرا من الاجازة ، اذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك

---

(١) فيكون البائع بالرغم من حسن نيته معرضا لدعوى تعويض يرفعها عليه المالك ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشترى كما سبق القول • ودعوى التعويض التى يرجع بها المالك الحقيقى على البائع لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة اليها من وقت وضع البائع يده على المبيع ، بل من وقت البيع الذى صدر منه للمشترى فهو سبب التعويض • وتقدر قيمة الشىء وقت وجوب رده للمالك الحقيقى لا وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله الا بأنه اقرار لهذا البيع ، وخصوصا اذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى اقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع ، واذن فمن الخطأ الا يعتبر مثل هذا التوقيع اقرارا للبيع بمقولة ان الاجازة الصادرة من المالك الحقيقى والتى بمقتضاها تصحح العقد يجب ان تصدر من المالك فى صيغة اجازة صريحة : نقض مدنى فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ١٣٥ ص ٢٦٧ •

ساريا فى حق المالك الحقيقى وينقل الملكية الى المشترى (١) • هذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٧٦ مدنى ، اذ تقول : « اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحا فى حق المشترى » (٢) •

وينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى من وقت صدوره ، أى أن لاقرار المالك الحقيقى كما لاجازة المشترى فى هذا الشأن أثرا رجعيا • ويسرى العقد فى حق المالك الحقيقى من وقت الاقرار (٣) ، فلا تنتقل الملكية منه الى المشترى الا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير • ويترتب على ذلك أنه اذا كان المالك الحقيقى قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل اقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع الى المشترى مثقلة بهذا

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ •

(٢) استئناف مختلط أول ابريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ — وقد قضت محكمة النقض بان توقيع المالك الحقيقى على عقد البيع الصادر من وليس من الضرورى ان يرد الاقرار فى صيغة اقرار متضامنا مع البائع يعتبر غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع يعتبر اقرارا للبيع ، وليس من الضرورى أن يرد الاقرار فى صيغة اقرار صريح (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٣٣ — أنظر أيضا نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٦) • ولا يكون اقرار المالك الحقيقى للبيع اقرارا ضمنيا بمجرد قبضه للثمن ، بل لابد ايضا أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عليه أثناء تنفيذ الحكم ، فاذا باعه كان البيع بيع ملك الغير ، ويقبل اقرار المسجون بعد تنفيذه مدة العقوبة وفك الحجر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦) •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان احد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت انه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت ابرام التعاقد وانه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع ، فانهم متى أقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملا بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٣٢ •

الحق ، وجاز للمشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى (١) •

واذا ما انقلب العقد صحيحا باقرار المالك الحقيقى ، بقى مرتبا لالتزاماته • فيكون البائع ملتزما بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا باقرار المالك • ويكون ملتزما كذلك بضمان الاستحقاق كما اذا كان المالك قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل اقراره للبيع ، وملتزما بضمان العيوب الخفية • أما المشترى فيكون ملتزما بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع (٢) •

٢ ـ بيع المال الشائع

١٦٨ ـ صور مختلفة : اذا ملك اثنان أو أكثر مالا بحصص معينة من غير أن تفرز حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء فى الشيوع

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٥ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ هامش ٥ وص ٥٥ ـ بيدان ١١ فقرة ١٠٧ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ •

(٢) ويقول الاستاذ سليمان مرقس : « ان اقرار المالك يعد اعتمادا منه لما قام به البائع ، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الاقرار منه بكل ما التزم به البائع ، أى أنه يحل فى عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بينه وبين المشترى مباشرة • فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشترى أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفيه عند الاقتضاء • ويترتب على اقرار المالك أيضا أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التى أنشأها عقد البيع ، لان هذه الالتزامات تنتقل كما تقدم الى ذمة المالك • غير أنه اذا كان البائع قد حصل شيئا من الثمن ، عليه أن يؤدى عنه الى المالك حسابا ، وأن يدفع اليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلا عنه فى عقد البيع » (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ ـ وأنظر أيضا الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٠ ص ٩٧) • ومقتضى هذا الرأى أن اقرار المالك للبيع يجعل البائع فى حكم النائب عنه ، فينصرف أثر العقد الى المالك بعد ان كان منصرفا الى البائع ، وذلك بأثر رجعى من وقت البيع ـ لا من وقت الاقرار الا فى حقوق الغير ـ ويصح القول هنا ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (دى باج ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٩ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦) • أو يقال ان المشترى ، فى حالة اقرار المالك ، يكون له مدينان بالتضامم (in solidium) , البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضامم للمشترى (قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٤٦) •

(م ٨٢٥ مدنى) • ويملك كل شريك فى الشيوع حصته الشائعة ملكا تاما، وله آن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزه • ويتخذ التصرف فى المال المتساع صورا متعددة ، نقف عند تلاث منها :

١ ـــ فتارة يتصرف الشريك فى حصته كما هى شائعة ، فيبيعها متلا من شخص آخر ، شريك او غير شريك • وهذه الصورة لاتثير اشكالا ، وهى الصورة الغالبه فى التصرف فى المال المشاع (١) • ونرجىء الكلام فى تفصيلاتها ، فمحانه الملكيه الشائعه • ويلاحظ ان صـاحب الحصـه الشائعه المنقوله اذا باعها من اجنبى بطريق الممارسه ، كان لشركائه فى هذا المنقول الشائع ان يستردوا الحصه المبيعه فى خلال تلاتين يوما من تاريخ علمهم بالبيع او من تاريخ اعلانهم به (م ٨٣٣ مدنى) • اما فى العقار فللشركاء الاخذ بالشفعه ، وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن •

٢ ـــ وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة فى جزء مفرز من المـال الشائع (٢) او فى كل المال الشائع الذى لا يملك الا حصـة فيه • ونبحث

---

(١) ويخلف المشترى البائع فى حصته الشائعة ، وتصـبح له جميع الحقوق التى للبائع ، ويدخل فى ذلك الحق فى طلب القسمه وما يترتب على الاثر الكاشف (بودرى وسينيا فقرة ١١١ ص ١١٧) •

(٢) وقد قضت محكمه النقض بانه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى ـ حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة ـ شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لايلزم تمثيله فى القسمة : ومتى تمتهذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجه عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليه فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسـمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصـرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسـمة : نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ •

قضت محكمة النقض ايضـا بان مؤدى نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى ـ وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة ـ اعتبار المتقاسم ـ فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين ـ مالكا =

هذه الصورة هنا فى ايجاز ، مرجئين التفصيل الى حين الكلام فى الملكية الشائعة فى الجزء الخاص بحق الملكية •

٣ ــ وأخيرا قد يتصرف الشركاء جميعا فى المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم امكان قسمة المال عينا ، ونبحث هذه الصورة أيضا فى ايجاز •

١ ـ بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ ـ بيع الشريك جزءا مفرزاً من المال الشائع : اذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فانه يكون قد باع ما يملك ومالا يملك • ما يملك هو حصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز ، ومالا يملك هو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء ويجب لبيان الحكم فى هذا الفرض ان نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشترى عالما بان البائع لا يملك الجزء المفرز الذى يبيعه وانما يملك حصه فيه على الشيوع ، واما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نيه ان البائع يملك دون شريك الحصه المفرزة التى باعها •

ففى الحالة الأولى يكون المفروض أن المشترى قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمه•

= ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ولكن لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة : نقض مدنى فى ٣ من نوفمبر سنة ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر •

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المتقاسم ، وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة : نقض مدنى فى ٢ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ٥٠٣ ــ ونقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٨٠ المجموعة السابقة السنة ٣١ رقم ٩٢ ص ٤٧٦ •

فان وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب البائع فقد خلص للمشترى، وان لم يقع تحول حق المشترى بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء الذى وقع فعلا فى نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحه فى التقنين المدنى الجديد فى الفقره الثانية من الماده ٨٢٦ ، اذ تقول : « واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمه فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه الى الجزء الذى ال الى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يطلب ابطال البيع ، حتى بالنسبه الى حصص الشركاء الاخرين غير الشريك البائع باعتبار أن المبيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢١١ (بيع بالمزاد الجبرى) .

وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر فى قضاء النقض ان للشريك على الشيوع ان يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل اجراء القسمه فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على انه « اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى ال الى المتصرف بطريق القسمة » ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه او ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فان وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وان لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى المطعون عليه بطريق القسمة ، ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا او شائعا وان يبيع ابنه بدوره الى الطاعن مثل ذلك ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١٧٥ ص ٨٨٨ .

(٢) قارن الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ - ص ٤٧٢ - وذلك لان البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فى أن هذه الحصص قد تقع فى نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الاثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا الى أن المشترى ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

يتربص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ،فان وقع فقد أصبح مالكا له خلفا عن البائع ، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، والا فقد ملك الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع بفضل الحلول العينى الذى نصت عليه المادة ٨٢٦ مدنى (١) ٠

---

(١) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ـ وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ ـ ٧ ابريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ ـ استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ ـ ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ (البيع صحيح اذا أقره باقى الشركاء) ـ ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ ـ وانظر عكس ذلك فى أن البيع باطل بطلانا مطلقا : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩ ٠

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وان كان مالكا على الشيوع ، أن يبيع ملكه محددا مفرزا ٠ وحالة التحديد هذه ، وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع ، الا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المقسم ، وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة : نقض مدنى فى ٢ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على اساس انه مازال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، واما من تلقى من احد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة ، اذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من ان التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده ان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع ، واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز =

وقد قضت محكمة النقض بانه لا يجوز الحكم للمشترى بالتسليم عن قدر مفرز اذا كان المبيع شائعا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ، ذلك ان البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن ان يكون للمشترى حقوق اكثر مما كان لسلفه ولان القضاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب على افراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون (١) .

كما قضت محكمة النقض بان المشترى لجزء مفرز لم يقع فى نصيب البائع له ليس له أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء طالما ان القسمه وان لم تسجل تعتبر حجة عليه (٢) .

= الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبه الى ذلك الجزء ذاته ، طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجه عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة : نقض مدنى فى ٢٠ يناير سنه ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٦٥ ص ٣٠١ .

(١) نقض مدنى فى ١ ديسمبر سنه ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ - ونقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنه ١٩٧٢ المجموعة السابقة السنه ٢٥ رقم ٢٢٦ ص ١٢٢٤ .

(٢) نقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٩٢ ص ٤٧٦ .

كما قضت محكمة النقض بان الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على اساس انه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من احد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة اذ ان حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده ان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من احد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه مايترتب عليها فى شان المتقاسمين من انهاء =

وفى الحالة الثانية ، اذا كان المشترى يجهل أن البائع لا يملك الا فى الشيوع ، فقد وقع فى غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، اذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك • فيكون البيع فى حصة الشريك البائع بيعا مشوبا بغلط جوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلا للابطال فى كل المبيع • ويجوز اذن للمشترى قبل القسمة ، طلب ابطال البيع ، لافى حصص الشركاء الاخرين فحسب بل أيضا فى حصة الشريك البائع • وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، اذ تقول : « وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » (١) • ولكن اذا حصلت القسمة قبل أن يطلب

= حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمه • ومن ثم فانه لا يحق لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة : نقض مدنى فى ٢ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ •

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأيا فى حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع، وترى المحكمة الاخذ بالرأى القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت ان المشترى كان عالما بحالة الشيوع • ذلك لان المفروض فيمن يشترى عينا محددة ان ينتفع بها فورا بغير منازع ، فجعل البيع موقوفا على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهودا شاقة ، وليس من العدل تحميل المشترى بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ — وانظر أيضا استئناف مصر ٢٩ دسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١) •

ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى • ومن ثم لايميز القضاء الفرنسى بين المشترى الذى يعلم بأن البائع لا يملك الا حصة شائعة والمشترى الذى يعتقد ان البائع يملك المبيع دون شريك ، ففى الحالتين يكون بيع الجزء المفرز قابلا للابطال لا موقوفا على شرط هو نتيجة القسمة ، اذ لايجوز الخلط بين الاثر الكاشف للقسمة والاثر الرجعى للشرط • ويستطيع المشترى ان يطلب ابطال البيع قبل =

المشترى ابطال البيع ، فوقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، فخلصت ملكيته للمشترى ، وانقلب البيع صحيحا ، فلم يعد للمشترى الحق فى طلب ابطال البيع . واذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحا بصيرورة البائع مالكا للمبيع بعد البيع ، فاولى أن ينقلب البيع فى الحالة التى نحن بصددها صحيحا وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع أما اذا لم يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، فان المشترى يستبقى حقه فى طلب ابطال البيع ، ولا يجبر على أخذ المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع لأن الحلول العينى وفقا للمادة ٨٢٦ مدنى لا يكون الا حيث يعلم المشترى وقت البيع أن البائع لا يملك فى الجزء المفرز الا حصة فى الشيوع (١).

= القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقا لاحكام بيع ملك الغير . وكذلك يستطيع الشريك فى الشيوع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فاذا رفع المشترى دعوى الابطال ، جاز له ان يطلب ابطال البيع فى كل المبيع اذا أثبت انه لم يكن ليشترى حصة البائع وحده ، وذلك كما فى الاستحقاق الجزئى (بيدان ١١ فقرة ١١٠ — فقرة ١١١) . وانظر أيضا فى القانون الفرنسي بودرى وسيتيا فقرة ١٢١ (ويذهبان الى ان البيع يكون موقوفا على نتيجة القسمة فى الحالتين) — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١ — انسيكلوبيدى دالloz ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٠ — فقرة ٣٧٦ .

(١) وللمشترى بطبيعة الحال ان يجيز البيع ، فياخذ الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع بدلا من الجزء المفرز المبيع . وليس هذا تحولا لعقد باطل بل هو اجازة لعقد قابل للابطال (قارن الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه ان المبيع جزء مفرز . أما اذا باع الشريك جزءا شائعا مجاوزا فيه نصيبه فى الشيوع ، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذى يملك مشاعا القدر الذى باعه مفرزا لا يقبل منه ولا من شركائه الادعاء بعدم نفاذ البيع فى حصصهم مادامت القسمة لم تقع ولم يقع البيع فى نصيبيهم — هذا القول محله أن يكون المبيع جزءا مفرزا معينا من الاموال الشائعة . أما اذا كان المبيع غير مفرز ، وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدنى ١٥ دسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٢) . وانظر فى حالة ما اذا كان الجزء المبيع المفرز أقل أو اكثر من قيمة الحصة الشائعة (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ — ص ٤٦٩) .

١٦٩ ـ بيع الشريك كل المال الشائع : واذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فان البيع يكون قابلا للابطال فى حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير (١) .

فاذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء فى المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع . فان وقع جزء مفرز من المال المبيع فى نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشترى الحق اما فى أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، واما فى فسخ البيع لتفرق الصفقة . واذا ستطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على اقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت اليه هذه الحصص بأى سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع ، اذ تنتقل اليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشترى من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة يستوى فى فى ذلك ان يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمة أم لاحقا لها ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا بل له ان يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون ان يكون طرفا فيها (٢) .

---

(١) الاستاذ انور سلطان فقرة ٤١٥ .

(٢) نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ ــ ونقض فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٧٥ المجموعة السابقة السنة ٢٦ رقم ٣١٣ ص ١٦٧٨ .

١٧٠ – أثر البيع فى حقوق باقى الشركاء : وسواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فان الشركاء الآخرين غير الشريك البائع – يعتبرون من الغير فى هذا البيع بالنسبة الى حصصهم الشائعة فى الجزء المفرز أو حصصهم الشائعة فى كل المال الشائع • وينفذ البيع فى حقهم بالنسبة الى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشترى محل الشريك البائع فى هذه الحصة ، ويصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء •فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشترى فى حصته الشائعة ، ولا أن يطلب ابطال البيع فى هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها • وانما يستحق الشريك الجزء المفرز أو المال الشائع اذا وقع فى نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها (١) • وعلى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بانه ان اختلف الفقهاء والقضاة فى حكم بيع الشريك جزءا مفروزا من مال مشاع هل يقع صحيحا فى حصة البائع منه وباطلا فى حصص شركائه أم يقع موقوفا على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فانما وقع اختلافهم هذا فى تقرير حكم العقد بين عاقديه . فمن ذهب الى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن راى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا على البائع الا عند خروج المبيع من حصة بائعة بالقسمة . اما فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه – سواء أكان هذا المدعى شريكا فى المال المشاع أم متلقيا ملكه عن شريك فيه على المشاع – فلا خلاف فى أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى البيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى • واذن فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لاوانه ، خليقا بأن نحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ – ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت ايضا بأن للشريك فى الشيوع فى التركة أن يبيع حصته محددة ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام ان التركة لم تقسم قسمة افراز (نقض مدنى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١) • وقضت كذلك بانه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وان كان مالكا على الشيوع ، أن يبيع ملكه محددا مفرزا ، وان حالة التحديد هذه وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع ، الا ان هذا كله لا يبطل عقد البيع ، وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية اليه ، ويصبح شريكا لباقى الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة ان لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده وعلى ذلك فانه ليس للمستحق – سواء أكان شريكا على الشيوع أم متلقيا =

العكس من ذلك يخلص للمشترى الجزء المفرز أو المال الشائع اذا وقع فى نصيب البائع عند القسمة (١) أو اذا أقر سائر الشركاء البيـع قبل القسـمة (٢) .

= ملكة من شريك على الشيوع ـ أن يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشترى . وهذا الـذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ بـه القانون المدنى الحالى فى المادة ٦٢٨ منه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ . وانظر ايضا استئناف مصر ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ ـ استئناف أسيوط ١٣ اكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ ـ ولكن قارن استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان بيع الشريك المشـتاع لقدر مفرز من نصيبه لاينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة الا انه يعتبر صحيحا ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجا لاثارة القانونيـة على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة ، أما بعد القسمة فاستقرار التصـرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فان وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة القسمة . وينبنى على ذلك أنه اذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع بعد شـرائه انتقلت اليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير ، فان تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى على هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الاول الذى انتقلت اليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه .. نقض مدنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٤٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ ـ واذا كان المشترى حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فان البيع الصادر اليه يعتبر سببا صحيحا ، فاذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الاخرين ، ولم يعد لهؤلاء الحق فى اسـترداد حصصهم من تحت يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش رقم ١ ـ الاستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨ ص ٤٧٣) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشترى بالاتفاق معهم عـلى طريقة الانتفاع بالمال المبيع بعد ان اصبح مملوكا لهم وللمشترى على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦) . ولهم أن يطالبوه بالقسمة ، فاذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع فى نصـيبه (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣) .

ب — بيـع التصـفية

(Licitation)

١٧١ — **متى يكون بيع التصفية** : اذا كان هناك شركاء على الشيوع فى مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال عينا ، بيع المال ليقتسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشيوع ، ومن أجل هذا سمى هذا البيع بيع التصفية • وقد يشترى المال الشائع أجنبى فيدفع كل الثمن ، وقد يشتريه أحد الشركاء فيدفع الثمن بعــد استنزال نصيبه فيــه بقدر حصته • ونرى من ذلك أن بيع التصفية لا يكون الا اذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق فى الشيوع ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فاذا ملك الشىء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوع ، جاز بيع التصفية (١) • ولا عبــرة بسبب الشيوع ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سببا آخر كما اذا اشترى عدة أشخاص دارا على الشيوع فيمــا بينهم أو كــان

= وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان البيع قد ورد على حصة مفــرزة ومحددة التزم البائعون باستنزالها من الاعيان الموقوفة قبل قسمتها ، فان مفاد ذلك ان الطاعنه (البائعة الاولى) وشركاءها وافقوا على أن يخرج القــدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمتها بحيث لايدخل فى أيه قسمة تجرى بينهم فيمــا بعد ، مما مقتضاه ان الصفقة — فى مقصود المتعاقدين — وحدة قائمة بذاتها لايمكن تفريقها على المشترى ، وان الالتزام فى مفهوم ارادتهما ووفق الغرض الذى رميا اليه لايجوز تنفيذه مقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل التجزئة ، ومن ثم فاذا لم يكن قد جرى استبعاد الاطيان المبيعة قبل وقــوع القسمة فان البيع الصادر الى المشترى — المطعون ضده الاول — يكــون صحيحا ونافذا قبل البائعيين جميعا أيا كانت النتيجة حتى تترتب عليها قسمة الاطيان حتى ولو وقع القدر المبيع فى نصيب واحد منهم ، وهذا الشريك وشأنه فى الرجوع على باقى شركائه طبقا للقواعد المقررة قانونا : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٢٢ ص ٧٨١ .

(١) ويصح أن يكون الشىء المملوك على الشيوع حقا شخصيا ، كحق المستأجر وحق الموعود له بالبيع ، فاذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا فى الشيوع ، أو تركوا ورثة متعددين ، جاز بيع الحق الشخصى بيع تصفية . كما يجوز بيع الديون التى للتركة بيع تصفية ، ويقع ذلك غالبا اذا كانت هذه الديون مشكوكا فى صحتها أو مشكوكا فى ملاءة مدينيها (بورى وسيتيا فقرة ٧٣٢ ص ٧٦٦ — ص ٧٦٧) .

الشيوع سببه فى الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية • ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء فى حق ملكية أو شركاء فى حق انتفاع • أما اذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذان لا يجوز بينهما القسمة ولا بيع التصفية ، لأن الرقبة غير حق الانتفاع • فاذا وجد ملاك شائعون للرقبة ، وكان حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة فى يد أحد ملاك الرقبة أو فى يد أجنبى ، جاز بيع التصفية فى الرقبة لأنها شائعة ، ولا يجوز فى حق الانتفاع لأنه غير شائع (١) • وكذلك اذا كانت الرقبة فى يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة منتفعين على الشيوع ، جاز بيع التصفية فى حق الانتفاع دون الرقبة • أما اذا كانت الرقبة مملوكة لملاك متعددين فى الشيوع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمنتفعين متعددين فى الشيوع ، جاز بيع التصفية فى الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية فى حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة ، فلا يتلازم الحقان فى بيع التصفية •

(الشرط الثانى) أن يكون المال الشائع لا تمكن قسمته عينا بغير ضرر • وتنص المادة ٨٤١ مدنى فى هذا الصدد على أنه « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع » • وتنص المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات على أن اذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم امكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة ••» •

---

(١) فيبقى حق الانتفاع قائما على العين كلها اذا بيعت بيع تصفية ، أو قائما الأجزاء المفرزة اذا حصلت القسمة عينا . وهناك رأى يذهب الى جواز بيع العين كلها — رقبة ومنفعة — بيع تصفية ، ويكون للمنتفع حق انتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأى غير سليم ، لان المنتفع لايجبر على التحول من الانتفاع بالعين الى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديمولومب ١٥ فقرة ٤٩٠ . جيوار ٢ فقرة ٧٣١ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ — بودرى وسيتيا فقرة ٧٢٨ ص ٧٦١) .

فاذا أمكنت قسمة المال عينا دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقا للاجراءات المقررة فى قسمة المال الشائع . أما اذا لم تمكن قسمة المال عينا لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم اذ تنقص قيمته نقصا كبيرا كالمصنع والمبنى ، جاز الالتجاء الى بيع التصفية (١) .

١٧٢ — **اجراءات بيع التصفية** : اذا اتفق الشركاء جميعا ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على اجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة يرسمون اجراءاتها ، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه (٢) وتقول المادة ٨٣٥ مدنى فى هذا الصدد « للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون » .

أما اذا لم يتفق الشركاء جميعا على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فانه لا يمكن اجراء بيع التصفية الا طبقا للاجراءات

---

(١) فمن قبيل بيع التصفية ما جاء فى المادة ٩٠٦ مدنى من انه « اذا كان بين اموال التركة مستغل زراعى او صناعى او تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان اقدرهم على الاضطلاع به . وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ؟ ويستنزل من نصيب الوراث فى التركة . فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ؟ خصص لمن يعطى من بينهم اعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل » .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان القسمة الفعلية — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — تتحقق فى صورة ما اذا تصرف احد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ؟ ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له ان تصرف فيه . ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى مالكا وحدة للحصة المفرزة التى آلت اليه من وقت ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص : نقض مدنى فى ٢٥ فبراير ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٧ ص ٤٧٨ .

المقررة فى تقنين المرافعات • وقد رأينا أن المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات تنص على أن « اذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشيوع لعدم امكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية من يعنيه التعجيل من الشركاء (١) •

ويخلص مما قدمناه أنه اذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لهم أن يتفقوا جميعا على أن تقتصر المزايدة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبى فى المزاد ، ويرسو المال على الشريك الذى يقدم أكبر عطاء (٢) •

١٧٣ ـ **الآثار التى تترتب على بيع التصفية** : تختلف هذه الآثار اختلافا جوهريا بحسب ما اذا كان مشترى المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبيا • ففى الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضة ، وقد وقع المال الشائع كله فى نصيب الشريك الذى اشتراه • فان زادت حصته فى جميع الأموال الشائعة على

---

(١) وتنص المادة ٤٦٥ مرافعات على أن « تشتمل قائمة شروط البيع المشار اليها فى المادة السابقة فضلا عن البيانات المذكورة فى المادة ٤٦٠ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلا عن الاوراق المذكورة فى المادة ٤٦١ صورة من الحكم الصادر باجراء البيع » • وتنص المادة ٤٦٦ مرافعات على أن « يخبر قلم الكتاب بايداع قائمة شروط البيع المشار اليها فى المادة السابقة الدائنين المذكورين فى المادة ٤٦٢ وجميع الشركاء ، ويكون لهؤلاء ابداء مالديهم من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة » • وتنص المادة ٤٦٨ مرافعات على ان « تطبق على بيع العقار لعدم امكان قسمته وعلى بيعه اختيارا الاحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الاهلية والغائب ، فيما عدا اخبار النيابة العامة بايداع قائمة شروط البيع » • والاحكام المشار اليها فى النص تقضى بأن تكون اجراءات البيع هى نفس اجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م ٤٦٣ مرافعات) •

(٢) وتقضى المادة ١٦٨٧ من التقنين المدنى الفرنسى بأن الاصل الا يدخل فى المزايدة غير الشركاء فلا يدخل اجنبى ، ما لم يطلب ذلك احد الشركاء او ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الاهلية (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤) •

الثمن الذى اشترى به ، أخذ الباقى من أموال اخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (soulte) للقسمة • وان زاد الثمن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلا للقسمة • أما فى الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعا عاديا صادرا من جميع الشركاء للمشترى . وتجرى أحكام البيع فى العلاقة ما بينهم وبين المشترى (١) •

ومما يترتب على هذا الاختلاف فى الحكم ما يأتى :

١ — يتقاضى على التسجيل رسم البيع . ويكون ضروريا لنقل الملكية حتى فيما المتعاقدين . اذا كان المشترى أجنبيا • ويتقاضى عليه رسم القسمة ، ولا يكون ضروريا لنقل الملكية الا بالنسبة الى الغير ، اذا كان المشترى أحد الشركاء •

٢ — التصرفات التى صدرت من الشركاء فى المال الشائع تبقى اذا كان المشترى أجنبيا . وتزول اذا كان المشترى أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التى صدرت من هذا الشريك •

٣ — الثمن يكون مضمونا بامتياز البائع اذا كان المشترى أجنبيا ، وبامتياز المتقاسم اذا كان المشترى أحد الشركاء •

٤ — تسرى أحكام الغبن فى البيع أو فى القسمة . بحسب ما يكون المشترى أجنبيا أو أحد الشركاء •

٥ — تسرى أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فى البيع أو فى القسمة ، بحسب ما يكون المشترى أجنبيا أو أحد الشركاء (٢) •

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٧ ص ٤٧٨ ، سبق الاشارة اليه .

أما فى اقتسام الثمن ما بين الشركاء ، فتجرى احكام القسمة . وانظر فى حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة الى هذا الثمن بودرى وسينيا فقرة ٧٤٧ ٠

(٢) انظر فى فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف فى الحكم بودرى وسينيا فقرة ٧٤٣ — فقرة ٧٤٦ ٠

٣ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع يسرى فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخلا فيها المبيع ذاته » .

« ٢ - أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة الا اذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين » .

« ٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتى :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة اضرارا بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة (١) » .

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٤٧٧ . ورد هذا النص فى المادتين ٦٤٣ ، ٦٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الوصيه غير جائزة فى ذلك الوقت ، ثم اجيزت بعد ذلك . وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث .. وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « فيما يجاوز الثلث » حتى لا تقوم شبهة فى أن بيع المريض اذا جاوز ثلث التركة لايسرى فى كل المبيع مع ان الواجب ألا يقف سريانه الا بالنسبة الى الزيادة فقط . ولوحظ فى هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفا وضوابط ، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالاحوال الشخصية ومرده ظهور حق اخر ورثة عند قرب افول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٦ - ص ٢١٩) . =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥٤ — ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ — ٣٣ (١) ٠

= م ٤٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٥ من المشرع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ولكن بغير اشتراط العوض فى الكسب بحسب نية ٠ واشترط العوض فى لجنة المراجعة ، واصبح النص رقمه ٥٠٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعه الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ و ص ٢٢١ — ص ٢٢٢)٠

(١) التقنين المدنى السابق : م ٢٥٤/٣٢٠ : لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حاله مرض الموت لاحد ورثته ، الا اذا اجازه باقى الورثه ٠ م ٢٥٥ / ٣٢١ : يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمه المبيع زائده على ثلث مال البائع م ٢٥٦ / ٣٢١ : فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، الزم المشترى ، بناء على طلب الورثة ، اما بفسخ البيع ، او بان يدفع للتركه ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين ٠ م ٢٥٦ مكررة اهلى : احكام المادتين السابقتين لا تضر فى جميع الاحوال بحقوق ارباب الرهن على المبيع ، ولا بحقوق من انتقلت اليهم ملكيه المبيع من المشترى بعوض متى كانوا حسنى النية ٠

م ٣٢٣ مختلط — احكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية الا فى حق البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية ٠ وفى جميع الاحوال لا تضر احكام المادتين المذكورتين بحقوق ارباب الرهون على المبيع ، ولا بحقوق من انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشترى بعوض متى كانوا حسنى النية ٠

ويلاحظ على نصوص التقنين المدنى السابق ما يأتى « ١ — أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، اذ كانت الوصية لوارث وقت ذاك لا تجوز ٠ اما التقنين الجديد ، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ اصبحت الوصية لوارث جائزه (المذكرة الايضاحيه للمشروع التمهيدى فى مجموعه الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١) ٠ ٢ — انها تصرح بعدم سريانها على اجنبى حيث يجب تطبيق قانون احواله الشخصية ، وذلك لان احكام المريض مأخوذة من الشريعة الاسلامية وتتعلق بانتقال اموال المورث الى الوارث وحقوق الوارث على هذه الاموال فى مرض الموت ، فاذا كان هناك أجنبى لا تسرى فى شأن ميراثه الشريعة الاسلامية وجب الا تسرى ايضا هذه النصوص فى شأنه : قارن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ — وقد يؤخذ مما جاء فيها ان احكام البيع فى مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو اجانب ٠ ولكن الظاهر ان المذكرة الايضاحية ارادت القول بان هذه الاحكام تسرى على جميع المصرين مسلمين او غير مسلمين ، بدليل اشارتها الى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدى التى اصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتى جاء فيها : تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » .. وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٤٥ — ٤٤٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٦٦ — ٤٦٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١١٠٩/١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥١٩ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المود ٥٤٣ — ٥٤٧ (١) .

= « تسرى الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع . ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين » . أما الاجانب فان وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصى (م ١٧ مدنى) : انظر الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ . الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٤ ص ٥٠١ — ص ٥٠٢ — الاستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٤ . ٣ — وردت اخطاء مادية وقانونية فى هذه النصوص صححها القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق . وهذه الاخطاء هى : اولا — خطأ مادى عندما عرضت المادة ٢٥٦ مكررة / ٣٢٢ لاحكام النصوص السابقة عليها لتقيد من أثرها ، فاقتصرت على ذكر « المادتين السابقتين » ، وكان الواجب أن تقول « المواد الثلاث السابقة » . ثانيا — ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح شرعا المقدار المحابى به فقط . ثالثا — ذكرت النصوص انه ينظر فى تقدير التركة الى وقت البيع : والصحيح شرعا أن ينظر فى تقديرها الى وقت الموت لا وقت البيع ، وان كان الوقتان فى كثير من الاحوال يتقاربان . انظر فى التوفيق ما بين احكام الفقه الاسلامى واحكام التقنين المدنى السابق مذكراتنا فى البيع فقرة ١١٥ . وانظر فى بيع المريض فى عهد التقنين السابق : الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٦ — فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ — فقرة ٢٢٢ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦١ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ — المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ — استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٤ /٢ ص ٢٠٠ — استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٠ / ٢ ص ٨٢٨ — ١٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٣ ص ٥٣١ .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م٤٤٥ — ٤٤٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ — ٤٧٨ من التقنين المدنى المصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٣ ، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر انه صدر فى سورية بعد التقنين المدنى قانون الاحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه تمنع الوصية لوارث . فوجب أن يراعى ذلك فى أحكام بيع المريض مرض الموت) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٦٦ — ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ — ٤٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٩/١ : كل تصرف ناقل للملكية يصدر من =

= شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر مافيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه احكام الوصية (انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٤٠٢ - فقرة ٤١٤)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوص مقابلة لنصوص التقنين المدنى المصرى · وقد ورد فيه - على غرار التقنين المدنى الفرنسى - نص (هو المادة ٥١٦) يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض فى مرض الموت ليس من اقرباء الطبيب · وقد قضت المادة ٩٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى ببطلان التصرفات الحاصلة فى مرض الموت للاطباء والصيادلة ورجال الدين ·

التقنين المدنى الكويتى م ٥١٩ : ١ - يسرى على بيع المريض مرض الموت احكام المادة ٩٤٢ · ٢ - ومع ذلك لا تسرى هذه الاحكام اضرارا بالغير حسن النية ، اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على المبيع ·

م ٩٤٢ : ١ - كل تصرف قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه احكام الوصية · ٢ - وعلى ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف تم من المورث وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق · ٣ - واذا أثبت الورثة ان التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت العكس ·

(يلاحظ ان التقنين الكويتى وضع قرينه قانونية مفادها ان كل تصرف يثبت انه صدر من شخص فى مرض الموت اعتبر تصرفا صادرا على سبيل التبرع ومضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه احكام الوصية ، ولكن هذه القرينة ليست قاطعة بل يجوز للمتصرف اليه ان يثبت العكس أى انه لم يقصد به التبرع · وذهب التقنين الكويتى مذهب التقنين المصرى فى النص على عدم سريان احكام البيعفى مرض الموت اذا كانت ستضر بالغير حسن النية اذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة) ·

التقنين المدنى الاردنى م ٥٤٣ : ١ - مرض الموت هو المرض الذى يعجز الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح · ٢ - يعتبر فى حكم مرض الموت الحالات التى يحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب فى امثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا ·

م ٥٤٤ : ١ - بيع المريض شيئا من ماله لاحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقى الورثة بعد موت المورث · ٢ - بيع المريض لأجنبى بثمن المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على اجازة الورثة ·

م ٥٤٥ : ١ - بيع المريض لأجنبى بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته · ٢ - أما اذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة اذ يكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع ·

=

ونبين : (أ) ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض • (ب) أحكام البيع فى مرض الموت •

أ ـ ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

١٧٥ ـ ما هو مرض الموت : يجب فى تحديد مرض الموت الرجوع الى الفقه الاسلامى مفسرا بقضاء المحاكم • وقد جاء فى الفتاوى الهندية : « المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا فى خزانة المفتين • حد مرض الموت تكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه اذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن ، كذا فى المضمرات » (١) • وجاء فى ابن عابدين : « فى الهندية مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو

= م ٥٤٦ : لا ينفذ بيع المريض الاجنبى بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير فى حق الدائنين اذا كانت التركه مستغرقه بالديون وللمشترى دفع ثمن المثل والا جاز للدائنين فسخ البيع •

م ٥٤٧ : ١ ـ لايجوز فسخ بيع المريض اذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفا اكسب من كان حسن النيه حقا ى عين المبيع لقاء عوض • ٢ ـ وفى هذه الحالة يجوز لدائنى التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشترى من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق ان كان المشترى احدهم ، وان كان اجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثى قيمة المبيع للتركة •

(اورد التقنين الاردنى تعريفا لمرض الموت لم يقصره على المرض بل شمل حالة الاصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرض ، كما انه نص على عدم نفاذ تصرفات المريض بشيء منحالة لاحد ورثته اذا لم تجزه بقية الورثة بعد موت المورث • اما بيع المريض لاجنبى فيفرق التقنين الاردنى بين حالتين : (أ) حالة وقوع البيع بغبن يسير أو بثمن يقل عن ثمن المثل بما لايجاوز ثلث التركة فنص على نفاذه دون توقف على اجازة الورثة ولكنه لا يسد ى حق الدائنين اذا كانت التركة مستغرقة بالديون ب ـ اما اذا كان البيع لاجنبى بثمن يقل عن ثمن المثل بما يجاوز ثلث التركة فلا ينفذ البيع الا اذا اقره الورثة أو اكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع • ولم يجز التقنين الاردنى فسخ بيع المريض لاجنبى اذا تصرف المشترى فى العين الى شخص حسن النية وان كان لدائنى التركة المستغرقة وللورثة الرجوع على المشترى من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة ثلثى المبيع) •

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ •

الأصح أ هـ . وفى الاسماعيلية من به مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات . يخرج الى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضا مرض الموت (١) » . ونصت المادة ١٥٩٥ من جلة الأحكام العدلية — وهى تقنين للفقه الحنفى — على ما يأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحة خارجا عن داره ان كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الأناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغير الى الوفاة مرض موت (٢) » .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطا ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

١ — أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه .

٢ — وأن يغلب فيه الموت .

٣ — وأن ينتهى بالموت فعلا .

فهذه العلامات مجتمعة — وكلها أمور موضوعية — من شأنها أن تقيم فى نفس المريض حالة نفسية هى أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الاسلامى يقف عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فانه يكتفى بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هى أن أجله قد دنا ،

---

(١) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ — ص ٧٠٨ .

(٢) وهذه هى نصوص مرشد الحيران فى البيع فى مرض الموت : م ٣٥٨ — بيع المريض فى مرض موته لوارثه موقوف على اجازة بقية الورثة ولم كان بثمن المثل فان أجازوه جاز ، وان لم يجيزوه بطل — م ٣٥٩ — يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير ، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين — م ٣٦٠ — اذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصا فى الثمن ، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله . فان خرجت من ثلث ماله بعد الدين ، بأن كان الثلث يفى بها لزم البيع ، وان كان الثلث لا يفى بها بأن زادت عليه يخير المشترى بين أن يدفع للورثة الزائد لاكمال ما نقص من الثلثين او يفسخ البيع .

فيفسر تصرفه فى ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه انما يوصى . فيجعل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك الى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمره ، فهذا بحث عسير ان لم يكن متعذرا ، ويكفى أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية ، فنقف عندها ، ولا نذهب فى البحث الى مدى أبعد من ذلك . على أنه اذا وجد شخص فى هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالمحكوم عليه بالاعدام ومن حوصر فى حرب ، فانه يعتبر فى حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو ايضا خاضعا للضوابط المادية .

ولا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيرا ظاهرا فى حالة المريض النفسية أو وصل الى المساس بادراكه (١) .

فنستعرض شروط مرض الموت الثلاثة ، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرض .

١٧٦ - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب الى السوق وممارسة أعمال المهنة اذا كان المريض من الأناث (٢) . وليس واجبا . ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش (٣) ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه (٤) .

---

(١) نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض السنة ٧ صفحة ٦٨٦ .

(٢) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٦/١ ص ٧٩٦ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١٣٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى ان يلازمه وقت اشتداد العلة به.كما لايشترط فيه على ان يؤثر على سلامة ادراك المريض او ينقص من اهليته للتصرف . ومن ثم فان ذهاب المورث الى المحكمة واقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته : نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ صفحة ٣٩٦ .

(٤) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه الى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه ، لان الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الانسان عاجزا عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر فى مرض الموت • فقد يصل الانسان الى سن عالية فى شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون فى حاجة الى من يعاونه عليها ، وليس به من مرض وانما هى الشيخوخة أوهنته ، فهذا لا يكون مريضا مرض الموت ، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١) • أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما اذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها الا وهو فى كامل عافيته ، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون فى هذه الحالة مريضا مرض الموت (٢) •

= باثبات حالة البائع (استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٠/٤ - ص ٤٤٠ - قارن مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٥ ص ٤٠٣) • وقد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض اعمال فردية ، كالحضور امام محكمة الجنح للدفاع عن نفسه فى تهمة تبديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩/٦ ص ٩٩٦) •

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت ، وانما هى دور من الادوار الطبيعية لحياة الانسان • أما مرض الموت فهو المرض الذى يعترى الانسان شيخا أم شابا ، وينتهى بالموت ، بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء اجله (٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وانظر ايضا استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٥٤٦ - بنى سويف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اداء المورث بعض الاعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الاعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت - ذلك ليس من شانه ان ينفى ما انتهت اليه المحكمة من ان المورث كان فى فترة اشتداد مرضه عاجزا عن اعماله العادية حتى انه اناب عنه غيره فى مباشرتها لان قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته : نقض مدنى فى ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٥١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٤ صفحة ٩٥٦ •

١٧٧ - ويغلب فى المرض خوف الموت : ولا يكفى أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضا أن يغلب فيه خوف الموت ، فيكون مرضا خطيرا من الأمراض التى تنتهى عادة بالموت ، أو يكون مرضا بدأ بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت (١) . أما اذا كان المرض لم يصل الى هذا الحد من الخطورة ، فانه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الانسان برمد فى عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض فى قدميه فيعجزه عن المشىء ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التى يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض فى مرض الموت وان عجز عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض فى هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (٢) . وكذلك الأمراض المزمنة ، اذا طالت بحيث يطمئن المريض الى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون فى هذا الوقت مرض موت ، وسنعود الى بيان ذلك .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان حالة مرض الموت مشروطة شرعا بان يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ؛ فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار ان المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بانه قعد عن مزاولة اعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه؛ فان ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بانه مرض الموت : نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٩٨ ص ٦٢٦ .

(٢) وقد جاء فى شرح الاستاذ سليم باز للمادة ١٥٩٥ من المجلة فى خصوص شرطى القعود عن قضاء المصالح وغلبة الموت ما يأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره ان كان من الذكور ؛ كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقى عن الاتيان الى دكانه . قال فى رد المحتار ينبغى ان يكون المراد العجز عن نحو ذلك الاتيان الى المسجد او الدكان لاقامة المصالح القريبة فى حق الكل ، اذ لو كان محترفا بحرفة شاقة ، كما لو كان مكاريا . او حمالا على ظهره او دقاقا او نجارا او نحو ذلك مما لا يمكن اقامته مع ادنى مرض ؛ وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد والسوق ، لا يكون مريضا ، وان كانت هذه مصالحة . والا لزم ان يكون عدم القدرة على الخروج الى =

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه ، لا يغنى عن الشرط الثانى وهو أن يغلب فى المرض خوف الموت . ولكن هل يغنى الشرط الثانى عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يذهب الى أنه يغنى ، فيكفى أن يغلب فى المرض خوف الموت دون حاجه الى قعود المريض عن قضاء مصالحه (١) . وهناك رأى اخر يستبقى الشرطين معا ، ويجعل الأصل فيها هو أن يغلب فى المرض خوف الموت ، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هى العلامة المادية التى تشعر المريض بأن المرض يتهدده بالموت . ويغنى عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تتبىء عن هذا الشعور ، فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافيا ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأى الآخر أنه لا يكفى أن يغلب فى المرض خوف الموت ، بل يجب أيضا أن يشعر المريض بذلك ، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس الا وضعا ماديا يدل على شعوره بذلك (٢) .

= الدكان للبيع والشراء مثلا مرضا وغير مرض بحسب اختلاف المصالح فتأمل . ثم هذا انما يظهر فى حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض اما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر او علة فى رجليه فلا يظهر ، ينبغى اعتبار غلبة الهلاك فى حقه . وهو ماقاله أبو الليث من ان كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت ، بل العبرة لغلبة الهلاك ، لو الغالبمن هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وان كان يخرج من البيت . وينبغى اعتماده لما علمت من انه كان يفتى به الصدر الشهيد ، وان كلام محمد يدل عليه ، ولا طرادة فيما كان عاجزا قبل المرض . ويؤيده ان من الحق بالمريض ، كمن بارز رجلا ونحوه ، انما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال فى الدر المختار وفى حق المرأة ان تعجز عن مصالحها داخل البيت كما فى البزازية ، ومفاده انها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة ، قال فى النهر وهو الظاهر ا هـ . » (شرح سليم باز ص ٨٨٧ — ص ٨٨٨) .

(١) أنظر فى هذا المعنى ما نقلناه فى الحاشية السابقة من شرح الاستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ — ص ٨٨٨) . وانظر ايضا الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وانظر استئناف وطنى ٢ ابريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ — محكمة مصر ١٤ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٥٣ .

(٢) والاستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : «ولان بعض من يكون مطعونا او بهاستسقاء قبل غلبةالمرض عليه قد يخرج =

١٧٨ — وينتهي المرض بالموت فعلا : ويجب أخيرا أن ينتهي المرض بالموت فعلا (١) . فاذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك برىء منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت اذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، كان تصرفه معتدا به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حيا (٢) . انتهى المرض بالموت (٣) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس . واذا شفي المريض ، تبين

= لقضاء مصالحه مع كونه اقرب الى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضا يغلب منه الهلاك ، لكنه لم يعجزه عن مصالحه ، كما يكون في ابتداء المرض ، لا يكون مريضا . وقد يوفق بين القولين بانه ان علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد الى الموت فهو المعتبر ، وان لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح . هذا ما ظهر لي أ هـ . ملخصا » شرح المجلة ص ٨٨٧ — ص ٨٨٨) — وقد قضي بأن المصاب بالبول السكري اصابة غير خطرة لا يعتبر مريضا مرض الموت ، اذا ثبت انه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله ، وان كان يباشر اثناء مرضه أعماله الخصوصية وهو في منزله (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ — استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٤) .

(١) **ولو لم يكن الموت بسبب المرض ، كأن قتل المريض أو غرق .** ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض (الاستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٤١٧ ص ٦٠٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ — الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له اثر الا بعد وفاة المورث . كما ان المرض لا يمكن اعتباره مرض موت الا اذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة ان المرض من امراض الموت الا بتحقق هذه النتيجة . ومن ثم فمادام المتصرف كان مايزال حيا فانه ما كان يقبل من الوارث اية منازعة في العقود المطعون عليها تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف او على انها تخفي وصية : نقض مدني في ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ صفحة ٣٩٥ .

(٣) على أن يمتد المرض من وقت صدور التصرف الى وقت الموت (استئناف وطني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٥ ص ٥) . فاذا انتهى بمرض آخر (دوسنطاريا حادة) هو الذي انتهى بالموت ، لم يكن المرض الاول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) .

أن التصرف ، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع فى مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (١) • ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن فى تصرفه بالغلط فى الباعث ، بأن يثبت أنه انما تصرف وهو معتقد أنه فى مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ، ففى هذه الحالة يكون التصرف قابلا للابطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب •

وقد يطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسل، ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة • والقاعد فى هذه الامراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت اذا طالت دون أن تشتد ، بحيث يطمئن المريض الى أن المرض قد وقف سيره ، ولم يعد هناك منه خطر داهم • وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش ، مادام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل • لكن اذا اشتد المرض بعد ذلك ، وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل ، واستمر المرض فى الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فانه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (٢) • وهناك رأى فى الفقه

(١) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز للورثة ان يطعنوا فيها الا بعد الوفاة (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٨ — الاستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٩٣ هامش رقم ٢ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨) •

(٢) وقد قضت محكمة الاسكندرية الوطنية بأن السل ، وان كان من الامراض التى تطول مدتها ، اذا دخل فى دور جديد واشتدت وطاته ، يجعل تصرفات المريض فى ذلك الوقت قابلة للبطلان (١٣ ابريل سنة ١٩١٢ الحقوق ٣٣ ص ٥٩) — وقضت محكمة مصر الوطنية بانه لا يعتبر مرض موت تصلب الشرايين واصابة القلب والكلى ، فهى من الأمراض المزمنة التى لا يصح اعتبارها فى الاصل مرض موت لبطء سيرها وعدم احساس المريض بخطورتها ، ولكن اذا اشتدت فجاة وشعر المريض بتفاقم خطورتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) — وقضت محكمة مصر بانه لا يعتبر مرض موت احتباس البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت ان هذا المرض المزمن قد تزايد فجاة وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥) • وقضت ايضا بانه لايعتبر مرض موت الالتهاب الشعبى المزمن ما لم يتزايد (٢٠ ديسمبر =

الاسلامى ــ أخذت به المجلة ــ بقدر المدة التى يطول فيها المرض المزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت • واذا اشتد المرض بعد ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر فى هذه الفترة مرض موت (١) • وقد أخذ القضاء المصرى بهذا الرأى

= سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١١ ص ٢٠٤) • وقضت أيضا بأن الربو المصحوب بنزلة شعبية ، ولو توفى به شخص نجاة فى سن يندر فى الجيل الحاضر تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لان هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله فى الفترات التى تتخلل النوبات (٢٤ ابريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨ ــ المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠) • وقضت أيضا بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذى أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذى يرتبط ارتباطا وثيقا بالمرض المباشر الذى أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما • ويجب ان يكون المرض مستمرا وحالة المريض تسوء تدريجيا دون أن يتخللها فترات تحسين واضحة ، فاذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متفقا مع تاريخ بدء الانتكاس الاخير • وحينما يكون الشخص مريضا بمرض غير مميت حتما ، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر مميت ، فهذا المرض الاخير لا المرض الاول هو الذى يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١١ ص ١٧) • وقضت أيضا بأن الاصابة بمرض السكر اصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ قم ١٠٧ ص ٢٦٢) •

(١) وقد جاء فى شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز : « وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله • فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بغير الامراض المزمنة التى طالت ولم يخف منها الموت ، كالفالج ونحوه ، وان صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه • فلو أصاب رجلا فالج فذهب لسانه ، أو مرض فلم يقدر على الكلام ، ثم أشار الى شىء أو كتب شيئا ، وقد تقادم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الاخرس الصحيح • وكذا صاحب السل اذا أتى عليه سنة ، فهو بمنزلة الصحيح • ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضى سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغير الى الوفاة مرض موت (شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٨٨٨) •

وقد قضت محكمة النقض بأن من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو اجله وينتهى بوفاته فاذا استطال المرض لاكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت الا فى فترة تزايدها واشتداد وطاتها =

فى أكثر أحكامه (١) ، واكتفى فى بعض اخر بأن يطول المرض مـدة كافية ليتولد فى نفس المريض السكون الى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضا لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل • وكـذلك يكفى أن يشتد المرض ويطرد فى الشدة حتى يتولد فى نفس المريض أنه عاد مهددا بالموت فى أى وقت ، ليكون المرض مرض موت مـن وقت اشتداده ، حتى لو بقى مشتدا مدة أطول من سنة ولم يمت المريض الا بعد انقضائها (٢) •

= اذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة : نقض مدنى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة القـواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خـلال ربع قرن قاعدة ١٠ صفحة ٩٥٧ •

كما قضـت محكمة النقض بان العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشـعوره بدنو اجله ثم انتهاء المرض بالوفاة : نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٤٧٦ •

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بانه لا يعتبر مرض مـوت السرطان او السل اذ انه يظل اكثر من سنة قبل ان ياتى على حياة المصـاب به ، وعلى الوارث ان يثبت ان المورث الذى مات بمرض السرطان او السل لم يمكث مرضـه أكثر من سـنة (١٨ يونية سـنة ١٩١٧ المجمـوعة الرسـمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ — أنظـر أيضـا : اسـتئناف وطنى ٨ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ — ٤ يونية سـنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ — ٢٣ يونية سـنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٣١ — ١٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٦ ص ٧٠ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسـمية ٢٦ رقم ٣٣ ص ٥٦ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٤ — ١٩ مارس سـنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١/٨٤ ص ١٤٣ — ٢٨ مايو سـنة ١٩٢٠ المحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ — استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٥ — ٢٣ مارس ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٣ •

ويحسب حسـاب السـنة من وقت اشـتداد المرض الى وقت الموت (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ — ٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ — ٢٥ فبراير سـنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ — ٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٣ — اول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٠ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥) •

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بان المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ اكثر من سنة قبل الوفاة اذا كان قد اخذ دائما فى الازدياد لغاية =

واستخلاص اشتداد وطأة المرض وتزايده على البائع متروك لتقدير محكمة الموضوع تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها متى قام قضاءه على أسباب سائغة لا مخالفة فيها للثابت بالأوراق (١) .

= الوفاة ، ولم يثبت انه تحسن تحسنا محسوسا فى خلال هذه المدة . اما التفسير القاضى بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذى يقع فى السنة السابقة على الوفاة فليس تحديدا حتميا ، ولكنه ينطبق فقط على الاحوال التى يكون فيها المرض طويلا فيشتد طولا الى درجة الخطورة وتارة يعود المريض الى صحته . اما المرض الذى يأخذ سيرا مستمرا بغير تحسن محسوس فى مدته ، بل يتمشى نحو الازدياد وينتهى بالموت ، فهو مرض الموت مهما كانت مدته (٦ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وان كانت هى الحكمة التى من اجلها قرر الفقهاء قاعدة ان المرض لا يعتبر مرض الموت اذا طال امده عن سنة الا اذا اشتد ، الا انه لا يسوغ التحدى بحكمه مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها او انعدامها . واذن فاذا كان الحكم اذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر الى المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه فى مرض موته قد اقام قضاءه على ، استخلصه من ان المورث وان كان قد أصيب بشلل نصفى فى أكتوبر سنة ١٩٤٢ الا ان مرضه استطال حتى توفى فى أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائى فى شريان المخ ، وان التصرفات المطعون فيها صدرت منه بعضها فى يوليو وآخرها فى نوفمبر سنة ١٩٤٣ وانه وان كان قد اصيب بنوبة قبل وفاته بمدة تقرب من ستة شهور الا ان هذه النوبة ـ التى لم يحدد تاريخها بالدقة ـ كانت لاحقة للبيع وانه بفرض التسليم بانها سبقت التصرفات المطعون فيها ، الا انها لم تغير من حال المريض الا تغييرا طفيفا لم يلبث ان زال وعاد المرض الى ما كان عليه من استقرار ـ اذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما اثبته من اشتداد المرض واستطالته واثره فى حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضى الموضوع ، كان النعى عليه انه اخطأ فى تطبيق القانون بمقولة انه لم يعتد بالعامل النفسى الذى يساور المريض اذ اعتبر ان الانتكاس لا يكون دليلا على عدم استقرار المرض الا اذا كان شديدا فى حين ان المرض الذى ينتهى بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت اذا اشتد ، والانتكاس مهما كان طفيفا دليل على عدم استقرار المرض ، كان النعى عليه بذلك لا يعدو جدلا فيما يستقل به قاضى الموضوع : نقض مدنى فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٧ صفحة ٩٥٧ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن استخلاص اشتداد المرض هو استخلاص موضوعى ، فمتى اقام الحكم قضاءه فى نفى اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على اسباب سائغة ، فلا يقبل الجدل فى ذلك امام =

١٧٩ ــ الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرضى مرض الموت : وقد قدمنا آن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست الا أمارة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله • فأية حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الانسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها آن تثير فى نفسه هذه الحالة بالذات ، وتكــون لتصرفاتــه حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضا أصلا • فالمحكوم عليه بالاعدام وينتظر التنفيذ ، ومن كان فى سفينة على وشك الغرق ولم تتهيأ له وسائل الانقاذ ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها ، ومن حوصر فى حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نيته على الانتحار ، كــل هؤلاء أصحاء ليس بهم مــرض ، ولكنهم يعتبرون فى حكم المرضى ،

= محكمة النقض : نقض مدنى فى ٢٥ أكتوبر ســـنة ١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٨ صفحه ٦٥٧ •

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان يبين من اسباب الحكم المطعون فيه ان محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطاه المرض وتزايده على البائعة من ظروف الدعوى وملابساتها ومن اقدام زوج البائعه والمســترى منهــا على اخذ تصـــــديقها على البيع يوم وفاتهــا بمنزلها وقبـــل ان يتم كاتب التصـــــديقات مأموريته ــ ولما كان الظرف الاخير لا يــدلال بذاته على تزايد المرض واشتداد وطاته على البائعة فى الفترة التى حصـــــل فيها التصرف كما لا يدل عليه ايضا مجرد اشارة المحكمة الى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات ـ فان الحكم المطعون فيــه اذ انتهى الى القول بان العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهى فى مرض الموت يكون قد عاده قصور فى التسبيب يستوجب نقضه : نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ صفحة ٤٧٦ •

وقضت محكمة النقض أيضا بأن من الضوابط المقـــــررة فى تحديد مرض الموت ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ ان يكون المرض ما يغلب فيه الهلاك ، ويشعر معه المريض بدنو اجله ، وان ينتهى بوفاته ، واذ نفى الحكم حصول التصرفين فى مرض موت المورث مما استخلصه من اقوال الشـــهود من ان مرضه لم يكن شديدا يغلب فيه الهــــلاك ، اذ انه كان يباشر اعماله العادية خارج منزله وقت صــدور التصرفين منه والى ما قبل وفاته بثلاثـــــة اشـــــهر ، فان ذلك من الحكم ليس فيه ما يخالف تعريف مرض الموت وكاف لحمل قضــــائه : نقض مدنى فى ٦ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٥١ •

ويكون لتصرفاتهم وهم فى هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة فى مرض الموت (١) ٠

١٨٠ ـ **اثبات مرض الموت** : ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات ، ومنها البينة والقرائن (٢) ٠ وأكثر ما يثبت بالشهادة الطبية الدالة على حالة

---

(١) وقد جاء فى شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز : « ومن بارز رجلا ، أو قدم ليقتل فى قصاص أو رجم ، أو بقى على لوح من السفينة ، أو افترسه سبع وبقى فى فيه ، فهو كمريض مرض الموت ا هـ ٠ وفى الهندية ومن كان محبوسا فى السجن ليقتل قصاصا أو رجما لا يكون حكمه حكم المريض ٠ واذا أخرج ليقتل ، فحكمه فى تلك الحال حكم المريض ، ولو كان فى صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، واذا بارز فحكمه فى تلك الحال حكم المريض ، ولو كان فى السفينة فحكمه حكم الصحيح ، واذا هاج الموج فحكمه فى تلك الحال حكم المريض ٠ ولو أعيد الى السجن ولم يقتل ، أو أرجع بعد المبارزة الى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه كحكم المريض الذى برىء من مرضه تنفذ تصرفاته من جميع ماله ٠ والمرأة اذا أخذها الطلق ، فما فعلته فى تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها ، وان سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله ا هـ ٠ » (شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٨٨٨) ـ أنظرأيضا الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ ٠

وغنى عن البيان أن العبرة بحالة الانسان النفسية ، فمن كان محكوما عليه بالاعدام وهو فى السجن ينتظر التنفيذ ، يبدو ، بالرغم مما جاء فى شرح المجلة نقلا عن الهندية ، أن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت ٠ فاذا صدر عفو عنه ، أو نجا من كان على وشك الغرق أو من كان فى حكمه ، فانه يعتبر فى حكم المريض مرضا يغلب فيه الهلاك ولم ينته بالموت بل برىء منه المريض ، فلا يكون للورثة حق الطعن فى التصرف ، ولكن يجوز للمتصرف نفسه أن يطعن فى التصرف بالغلط كما سبق القول .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى ، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه ، ثم فندت المطعون الموجهة الى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد ، فانها تكون قد أوردت فى حكمها من الاسباب ما يكفى لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٢ ص ٣٦٥) ٠ وقضت أيضا بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود ان البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بوفاتها ، وهذا يكفى =

المريض فى أواخر أيامه . كذلك يثبت بشهادة الشهود ، وبتقصى حياة المريض فى أيامه الأخيرة . وعلى الورثـة الذين يطعنـون فى تصرف مورثهم بأنه صدر فى مرض الموت يقع عبء اثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا غيرا من حيث ثبـوت التاريخ ، فـان تاريخ التصرف العرفى يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فاذا كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا فى وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا ، كان هذا التاريخ العرفى حجة عليهم . ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا لاخفاء أن التصرف قد صـدر فى مرض الموت ، وأن التاريخ الذى صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصورى المذكور فى التصرف ويقع فى وقت كان فيه المورث فى مرض موته . فاذا أثبتوا ذلك ـ ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الاثبات لأنهم يثبتون غشـا وواقعة مادية ـ اصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم

= (نقض مدنى ٨ مايـو سـنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨) . وقضت كذلك بانه متى كان الحكم اذ نفى حصـول البيع فى مرض موت البائع قد قرر للاسباب السائغة التى أوردها أنه فى الوقت الذى تصرف فيه كان فى حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادى لا يغلب فيه الهلاك ، فان الذى قرره لا عيب فيه (نقض مدنى ١٠ ديسـمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص ٢٢٣٧) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه اذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون ، فان حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك متى بنت محكمة الموضـوع ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت المحكمة قد استخلصت فى حـدود سلطتها الموضوعية فى التقدير ان المورث لم يكن مسلوب الارادة ولا مريضـا مرض الموت وقت صدور التصرف ولذلك فانه يأخذ حكم التصرف السـليم ، وكان ما استخلصه فى هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التى استندت اليها وتضمنت الرد الكافى على ما اثاره الطاعنون ، فان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون والقصور يكون فى غير محله : نقض مدنى فى ٢٣ يونية سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض السنة ١١ ص ٤٣٢ .

(١) وقد سبق ان بينا فى الجزء الثانى من الوسيط الطبعة الثانية المنقحة المجلد الاول فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ ـ ص ٢١٢ أن الوارث لا يعتبر غيرا بالنسـبة الى تاريخ الورقة الصادرة من مورثة فى مرض الموت ، ويعتبر غيرا بالنسبة=

يعد التصرف الصادر من المورث يسرى فى حقهم الا فى الحدود التى سنبينها فيما يلى(١) .

١٨١ ـ سبب تقييد التصرف فى مرض الموت : واذا كان التصرف الذى يصدر فى مرض الموت مقيدا فسبب التقييد لا يرجع الى أهلية

= الى سريان التصرف الصادر فى مرض الموت . وقلنا فى هذا الصدد : « والذى أوقع اللبس فى هذه المسألة هو الخلط ما بين الغيرية فى سريان التصرف والغيرية فى ثبوت التاريخ . فالوارث ، فى تصرفات مورثه الصادره فى مرض الموت ، يعتبر غيرا من ناحية سريان هذه التصرفات فى حقه ، فهى لاتسرع عليه فيما يجاوز ثلث التركة . ولا يعتبر غيرا من ناحية ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من مورثه الى ان يثبت ان هذا التاريخ غير صحيح » (الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانيه المنقحة المجلد الاول فقرة ١١٩ ص ٢٨٠ ـ ص ٢٨٢ وانظر مقال الاستاذ سليمان مرقس فى قوة المحررات العرفية فى الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ١٨٧ ـ ص ٢٠٤ ، والى هذا المقال يرجع الفضل فى تحول الفقه المصرى الى الراى الصحيح فى هذه المسالة كما سبق ان بينا (الوسيط ٢ الطبعة الثانية المنقحة المجلد الاول ص ٢٨١ هامش رقم ١) . وانظر ايضا الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الاثبات ص ١٤٣ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ ـ ص ٢٩٤ ـ وقارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٩ .

ومن القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون البيع محررا بخط المشترى ولم يسجل الا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨/١ ص ٢٩٦) ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلا تاما (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن فى التصرف بانه صادر فى مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة رقم ٥٣٩/١ ص ٩٩٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان التاريخ لا يكون الا باحدى الطرق التى عينها القانون ولا يحتج على الورثة ـ الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت ـ بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، الا ان هذا التاريخ يظل حجة عليهم الى ان يثبتوا هم عدم صحته وان التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم الى اثبات ان صدوره كان فى مرض الموت : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٩٩ ص ١٧٤٣ .

المريض ولا الى عيب فى ارادته • فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته بل ولا تنتقص هذه الأهلية ، فما دام حيا حافظا لقواة العقلية فانه يبقى متمتعا بأهليته الكاملة الى آخر لحظة من حياته • ولو وقع أن المرض أفقده التمييز ، فان التصرف الذى يصدر منه وهو فى هذه الحالة يكون باطلا لانعدام التمييز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفا غير نافذ فى حق الورثة لصدوره فى مرض الموت •

وانما يرجع تقييد التصرف فى مرض الموت الى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) • فانه من المقرر فى الفقه الاسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى يموت فيه • فاذا صدرت منه تصرفات تنطوى على تبرع منذ هذا المرض ، كان لهذه التصرفات حكم الوصية • ذلك أن المريض وهو على شفا الموت اذا تبرع بماله ، فانما يقصد أن ينتقل هذا المال الى غيره بعد موته ، لا فى المدة المحدودة القصيرة التى تقدر له الحياة فيها • ولا يستطيع انسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف ارادى ، الا اذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة • فكل تبرع يصدر فى مرض الموت يتقيد اذن بقيود الوصية ، وحتى المعاوضات اذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بثمن اقل من المبيع ، يكون لها هى أيضا فى القدر المحابى به حكم الوصية ، ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر فى مرض الموت اذا انطوى على تبرع فيما جاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا يكون قابلا للابطال (٢) • بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ فى حق الورثة (٣) • فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ فى حق

---

(١) وعلى هذا انعقد اجماع الفقه المصرى : الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢١٠ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ ـ ص ٤٨٤ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨ •

(٢) قارن الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٢ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ •

(٣) وتسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بخمس عشرة سنة من وقت موت =

الورثة الا باجازتهم ، فاذا لم توجد ورثة نفذ التصرف فى كل المال (١)٠

وقد اختلف فقهاء الاسلام فى تكييف حق الورثة الـــذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت ٠ فذهب بعضهم الى أنه حـــق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون الى أن حق الملكية انمـــا يكون عند الموت ولكنه يستند الى وقت بدء المرض ، وذهب فـــريق ثالث الى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو ارث (٢) ٠ وأيا كانت طبيعة حق الورثة ، فانه يقيـــد من تصـــرف

=. المريض (الاســـتاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان) ، فلا يكفى اذن ســـكوت الورثة ولو مدة طويلة اذ كانت دون مـــدة الســـقوط (اســـتئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢) ، ما لم يستخلص من هذا السكوت اجازة ضـــمنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف اسيوط بأن سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهـــور العقد ونقل التكليف للمشترى دون ان يطعن الوارث ، بل سكت مدة ثلاث ســـنوات او اربع حتى وفاته يعتبر اجازة للعقـــد الصـــادر فى مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٢) ٠

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر فى مرض الموت لابنـــه البائع يكون صحيحا فى حق من اجازه من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنســـبة لمن يجزه منهم ٠ فاذا امتنع من اجاز البيع عن تسليم بعض الاطيان الواردة فى العقد الى المشترية بدعوى انها من نصـــيبه فى التركة ، فان الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الاطيان يكون صـــحيحا ولا مخالفة للقانون فيه : نقض مدنى فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ١٧ صفحة ٩٥٨ ٠

كما قضت محكمة النقض بان توقيع المطعون عليه الاول كشـــاهد على عقدى البيع ـ المطعون فيهما بصـــدورهما فى مرض الموت ـ فى وقت لم يكن قد اصبح فيه وارثا لا يعدو ان يكون شهادة بصـــحة صـــدورهما من المورث ، ولا يعتبر اجازة منه للعقدين ، لان هذه الاجازة لا يعتد بها الا اذا حصلت بعد وفاة المورث ، اذ ان صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له الا بهذه الوفاة ، كما ان توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما اذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشـــــاهد طبقا لما تقدم ذكره : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٩٩ ص ١٧٤٢ ٠

(٢) فعند الشافعى لا يثبت الارث الا عند الموت ، وفى المسألة خلاف عند الحنفية ٠ ويظهر اثر ذلك فى المطلقة دون رضـــاها طلاقا بائنا فى مرض الموت ومات مطلقها وهى فى العدة ، هل ترث أو لا ترث ؟ عند الحنفيـــة ترث ، وعند الشافعية لا ترث ٠ ويورد صاحب البدائع حجج الفريقين على الوجه الآتى : =

= « وان كان (الطلاق) بغير رضاها فانها ترث من زوجهـــا عندنا ، وعند الشافعي لا ترث . ومعرفة سبب استحقاق الارث وشرط الاستحقاق ووقته . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الارث في حقها النكاح . واختلف في الوقت الذي يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث وعند الشافعي هو وقت الموت، فان كان النكاح قائما وقت الموت ثبت الارث ، والا فلا . واختلف مشايخنا . قال بعضهم هو وقت مرض الموت ، والنكاح كان قائما من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج الى ابقائه من وجه الى وقت الموت ليصير سـببا . وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وقت الموت مقصورا عليه وهو طريق الاســتناد ، وهما طريقتا مشـــايخنا المتقدمين . وقال بعضهم : وهو طريق المتأخرين منهم ، ان النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو ثبوت حق الارث من غير ثبوت الملك للوارث أصلا لا من كل وجه ولا من وجه . وجه قول الشافعي أن الارث لا يثبت الا عند الموت ، لان المال قبل الموت ملك المورث بدليـــل نفاذ تصرفاته ، فلابد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب ههنا الا النكاح ، وقد زال بالابانة والثلاث ، فلا يثبت الارث ، ولهذا لا يثبت بعد انقضـــاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائما في حق الارث لورث لان الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة . ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول . أما الاجماع .. وأما المعقول فهو أن سبب الاستحقاق الارث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الارث ، كما اذا طلقت طلاقا رجعيـــا . ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرائطه ، وانما الكلام في وقت الاســتحقاق . فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما على التفسير الاول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه ، فالدليل عليه النص واجماع الصـــحابة رضي الله عنهم ودلالة الاجماع والمعقول . أما النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ، أي تصدق باستبقاء ملككم عليكم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم . أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه اســـتبقى لهم الملك في ثلث أموالهم ليكون الوسيلة الى الزيادة في أعمالهم بالصرف الى وجوه الخير ، لان مثل هذا الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنة . وآخر أعمـــارهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين اذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، اذ الحكيم في موضـــع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر ادناهما . واذا زال ملكه عن الثلثين يؤول الى ورثتـــه ، لأنهم أقرب الناس اليه .. وأما اجماع الصـــحابة رضي الله عنهم .. وأما دلالة الاجماع فهي أنه لا ينفـذ تبرعه فيما زاد على الثلث في حق الاجانب ، وفي حق الورثة لا ينفذ بشيء أصـــلا ورأسا حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه اذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الاخذ من غير رضاه . فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، واذا زال يزول الى الورثة لما بينا . وأما المعقول فهو أن المال الفاضـــل عن حاجة الميت يصـــرف الى الورثة بلا خلاف ، والكلام فيما اذا فضـــل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث في المال الفاضل =

المريض على النحو الذى أسلفناه .

ولما كان تقييد تصرف المريض فى مرض الموت يرجع الى حق الورثه فى ماله وفقا لمبادىء الفقه الاسلامى ، فان هذا التقييد لا يسرى الا فى حق من تجرى فى ميراثه أحكام الشريعه الاسلامية ، وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا او غير مسلمين . اما الاجنبى الذى لا تجرى فى ميراثه احكام الشريعه الاسلاميه فلايسرى هذا التقييد فى حقه (١) .

١٨١ — الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت : وقد اورد التقنين المدنى نصا يقرر الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت ، ايا كان هذا التصرف بيعا او غير بيع . فنصت المادة ٩١٦ مدنى على ما يأتى : « ١ — كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه احكام الوصيه ايا كانت التسميه التى تعطى لهذا التصرف. ٢ — وعلى ورثه من تصرف ان يثبتوا ان العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج

= عن حوائج الميت ،فيدل على ثبوت الملك من وجه لامحاله . واما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق الارث راسا ، فدلالة الاجماع والمعقول . اما دلالة الاجماع فهو ان ينقض تبرعه بعد الموت ، ولولا تعلق حق الوارث بماله فى مرض موته لكان التبرع تصرفا من اهل فى محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغى الا ينقض ، فدل حق النقض على تعلق الحق . واما المعقول فهو ان النكاح حال مرض الموت صار وسيلة الى الارث ، ووسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به ، والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا لحقها ، وذلك اضرار بها فيرد عليه » (البدائع ٣ ص ٢١٨ — ص ٢٢٠) . وانظر أيضا فى هذه المسألة الاستاذ محمد أبو زهرة فى احكام التركات والمواريث ص ١٠ — ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان احكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان البائع أجنبيا : ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ — ٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ١٥ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . ٣- واذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر لـه التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

ولسنا هنا فى مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذى يتعلق بالبيع (١) ، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدنى تنص على ما يأتى : « ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » . فاذا صدر بيع من المورث ، وبعد موته طعن الورثة فى هذا التصرف ، فأول شىء يجب على الورثة عمله فى هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت(٢) .ولهم

---

(١) ولم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يماثل نص المادة ٩١٦ من التقنين المدنى الجديد ، ولذلك تضارب القضاء فى مد أحكام بيع المريض مرض الموت الى تصرفاته الاخرى غير البيع . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوارث لا تسرى عليه أحكام البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤) . ولكن اقرار المريض لوارثة يسرى عليه حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ٨٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٠ ص ٤٤٠ - المنصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣٧ ص ٦٧ - الزقازيق ٢٨ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص ٨٤٨ - الزقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - اسيوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انظر عكس ذلك اى عدم جواز الطعن فى الاقرار الصادر فى مرض الموت : استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الزقازيق ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥) . اما الايجار فلا يتاثر بصدوره فى مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الثابت من اوراق الدعوى ان ما دفع به الطاعنون من ان المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت انهم طلبوا الى محكمة الموضوع احالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع او انهم قدموا اليها دليلا عليه كما لم يقدموا مايثبت انهم اثاروه لدى محكمة الاستئناف فانه لايعيب الحكم المطعون فيه =

اثبات ذلك بجميع الطرق ، ويكون التاريخ العرفى للبيع حجة عليهم الى أن يثبتوا بجميع طرق الاثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقى للبيع يقع فى مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك • فاذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر فى مرض الموت ، فان النص يفترض أن البيع حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمنا من المشترى وأن الثمن المذكور فى العقد انما هو ثمن صورى • ولكن هذا الفرض قابل لاثبات العكس (١) ، وعلى المشترى لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلا ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته (٢)• فاذا لم يستطع اثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر البيع ـ فى المبيع كله فى الصورة الأولى ، وفى حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن فى الصورة الثانية ـ تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية • وهذا ما نتكفل الآن ببيانه •

= اغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه الطاعنون : نقض مدنى فى ٧ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٢٠ ص ٩٥٩ •

كما قضت محكمة النقض بانه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تر فيما قاله الطاعن من ان البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع الا مجرد ادعاء غير جدى لان الطاعن لم يقدم دليلا أو حتى قرينة على انها كانت مريضة ، فان المحكمة بناء على هذه الاسباب السابقة التى أوردتها تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة الى التحقيق لاثبات مرض الموت ، وهذا لا خطأ فيه فى تطبيق القانون كما يشوبه القصور : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٢٢ ص ٩٥٩ •

(١) الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٧ هامش رقم ١ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٨٦ ـ قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٤ •

(٢) ولا يجوز للمشترى التمسك باقرار البائع انه قبض ثمنا وذكر ذلك فى عقد البيع ، لان هذا اقرار من مريض فى مرض موته فلا يعتد به ، ولان الشبهة قائمة فى أن البائع والمشترى متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١) •

ب ـ أحكام البيع فى مرض الموت

١٨٣ ـ **فروض مختلفة** : البيع فى مرض الموت أما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث ، أو بغير ثمن أصلا وفى هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحدا بعد الآخر ، ثم نعقبها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قدمنا أن الورثة اذا أثبتوا أن البيع قد صدر فى مرض الموت، فان البيع يعتبر صادرا على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن ، ولا عبرة بالثمن المذكور فى العقد . وعلى المشترى أن يثبت أنه دفع ثمنا ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك .فاذا لم يستطع اثبات أنه دفع ثمنا، كان البيع هبة . واذا استطاع اثبات أنه دفع ثمنا ومقدار مادفعه ، لم تخل الحال كما قدمنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه (١) .

١٨٤ ـ **البيع بما لا يقل عن القيمة**: اذا أثبت المشترى أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة

---

(١) أما بالنسبة الى الدائنين ، فكل محاباة أو تبرع فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية ، فتتقدم عليها الديون ، ولا تنفذ اذا كانت التركة مستغرقة . وقد جاء فى المادة ٣٦١ من مرشد الحيران فى هذا المعنى : « اذا باع المريض لاجنبى (أو لغير أجنبى من باب أولى) شيئا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيره ، وكان مديونا بدين مستغرق لماله ، فلا تصح المحاباة سواء اجازته الورثة أم لم يجيزه . ويخير المشترى من قبل أصحاب الديون ، فان شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، والا فسخ البيع . فان كان قد تصرف فى المبيع قبل الفسخ ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت » ـ واذا برىء المريض من مرضه ، جاز للدائنين الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفه باعتباره تبرعا (الاستاذان احمد نجيب الهلالى فقرة ٢١٨ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص٤٨٦ ـ ص٤٨٧). وهذا فوق دعوى الابطال للغلط التى تكون للمريض نفسه بعد ان يبرأ من مرضه كما سبق القول ، وهى دعوى يجوز لدائنيه ان يرفعوها باسمه .

دون حاجة الى اجازتهم ، ويستوى فى ذلك أن يكـون البيع لوارث أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، فى جميع أحكام بيع المريض مرض الموت ، هو من يكون وارثا وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثا وقت البيع . أما من كان وارثا وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثا فى هذه الأحكام . فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولودا ذكـرا ، اعتبر الابن وارثا ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وان كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) . كذلك تقـدر قيمة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن اليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض دارا بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فان البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفـا وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فان البيع يكون بمثل القيمة .

وقد كان البيع بمثل القيمة عهد التقنين المدنى السابق يجـرى

---

(١) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - وبيت المال لا يعتبر وارثا ، فالبيـع فى مرض الموت للزوجة صحيح اذا لم يكن للزوج وارث آخر . ولذلك لا يصـح لبيت المال (الحكومة) أن يطعن فى العقد بحجة أن له ثلاثة ارباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تسـتحق التركة اذا خلت من الورثة او وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الارث ، بل لاعتبارها مالا لا مالك له (محكمة اللبان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشـرائع ٢ رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢) . وهـذا الحكم يتفق مع ما جاء فى الفقه الاسـلامى من ان بيت المال يأخذ المال من جهة انه لا مالك له (أحكام القرآن للجصاص ٢ ص ١٠٠ - وانظر الاستاذين احمـد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) - وقد جاء فى قانون الوصـية نص صريح فى هذا المعنى ، فقضت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن « تنفذ وصـية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على اجازة الخزانة العامة » .

التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه. أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذا دون حاجة الى اجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب الى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة الا باجازتهم ، لأن المورث خص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والايثار ، وهذا هو رأي الامام أبي حنيفة (١) .

١٨٥ — البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة : واذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع وأثبت مقدار ما دفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فان البيع يكون هنا أيضا صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم ، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ١/٤٧٧ مدني) . فلو أن المريض باع دارا قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفا وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفا وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجري التمييز فيه بين ما اذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما اذا كان البيع لوارث ولاينفذ الا باجازة الورثة (٢) . ذلك أن أية محاباة في الثمن تعتبر تبرعا فتأخذ

---

(١) الاستاذان احمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩ — ٤ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧ .

حكم الوصية ، وكانت الوصية فى عهد التقنين المدنى السابق لا تجوز لوارث الا باجازة الورثة الى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يجيز الوصية لوارث دون حاجة الى اجازة الورثة (١) .

١٨٦ - البيع باقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة : وأذا لم يستطع المشترى أن يثبت أنه دفع ثمنا الا مبلغا هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضا ، فان البيع فى هذه الحالة لا يكون نافذا فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة الا باجازتهم (٢) . وهذا هو حكم الوصية ، وقد قدمنا أن المقدار المحابى

---

(١) والعبرة فى معرفة اى حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فان كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذى يجيز الوصية لوارث (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) ، فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، والا فحكم التقنين الجديد .

وكان القضاء فى العهد السابق يكشف عن تحايل المريض اذا باع لغير وارث ثم يحول المشترى البيع الى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحويل العقد من الولد الى امه فيه تحايل ، ويعتبر بيعا صادرا لوارث فى مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف وطنى ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والاجازة يجب أن تصدر من أهل للتبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث المجيز صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضا مرض الموت . والمجيز اذا كان مريضا مرض الموت لا تنفذ اجازته الا فى حدود ثلث تركته بغير اجازة ورثته (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٦ هامش رقم ٢) . ويجب ان يكون المجيز عالما بالعيب وراغبا فى تصحيحة ، فاشتراك الوارث فى تحرير محضر جرد التركة واشارته فى المحضر الى التصرف لا يكون اجازة الا اذا اراد بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ - الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠) .

ويجب أن تقع الاجازة بعد الموت ، فالاجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة فى نفس العقد لا يعتبر اجازة ، ويجب صدور الاجازة مرة ثانية بعد الموت . واجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ الا فى حصص من اجاز من الورثة (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ =

به يعتبر فى حكم الوصية . ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع دارا قيمتها وقت البيع ألفان بألف ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفا وثمانمائة ، فان المقدار الذى حوبى به المشترى يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة ـ وقدره ستمائة ـ بمائتين . فلا ينفذ البيع فى حق الورثة فى الدار بمقدار مائتين الا باجازة الورثة ، وينفذ فى باقى الدار دون حاجة الى اجازتهم . فان لم تجز الورثة فى المائتين ، كان على المشترى أن يؤدى اليهم هذا المبلغ ليضاف الى الألف الذى دفعه ثمنا ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة . وللمشترى أن يفسخ البيع ، فيرد الدار للتركة ،

= ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الاشارة اليه) . ويجوز للمشترى ان ينذر الورثة ليعلنوا ما اذا كانوا يجيزون التصرف او لا يجيزونه ، وان يلتجىء الى القضاء لتحديد ميعاد لذلك ، لكن اذا انقضى الميعاد عد هذا عدم اجازة منهم للتصرف (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٤ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ ـ الاستاذ انور سلطان فقرة ٤٥٠ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٢) . وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشترى دون ان يطعن الوارث ، بل سكت مدة ثلاث سنوات او اربع حتى وفاته ، يعتبر اجازة ضمنية للعقد الصادر فى مرض الموت (استئناف اسيوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم) .

واذا تعددت العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت ، اعتبر المشترون فى حكم الموصى لهم ، واقتسموا الثلث بنسبة ما اوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع الى تواريخ العقود لتقديم اقدمها تاريخا او تسجيلا (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٥/٤٣٠ ص ٨٢٨) . ويبدو انه بالنسبة الى الموصى له يعتبر بيع الموصى فى مرض موته هو ايضا فى حكم الوصية ، فيكون البيع فى مرض الموت اما ناقضا للوصية الاولى ، واما نافذا معها فى حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطنى ١٥ ابريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتعليق الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٨ هامش رقم ١) .

(١) فاذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع ايا كان المقدار المحابى به ولو كان البيع فى حقيقته هبة ، ولا يعتبر بيت المال وارثا كما سبق القول (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٩ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) .

ويسترد منها الألف وهو الثمن الذى دفعه (١) .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما اذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ماقدمنا (٢) ، وما اذا كان البيع لوارث فلا ينفذ فى حق الورثة فى جميع الدار ـــ لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب ـــ الا باجازتهم (٣)

١٨٧ ـــ التصرف بغير ثمن أصلا : واذا لم يستطع المشترى أن يثبت أنه دفع ثمنا ما للمريض ، اعتبر التصرف هبة بغير ثمن ، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت فى مرض الموت . فاذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ، نفذ التصرف فى حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم . واذا زادت قيمة العين على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث الا باجازة الورثة ، فان لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد الى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد اليها ما يفى بتكملة ثلثيها . ويستوى فى ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث (٤) . فلو أن المريض تصرف فى دار قيمتها وقت الموت ألفان ،

---

(١) كذلك للورثة ان يستبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشترى ، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسيوط للوارث أن يأخذ حقة وهو الثلثان عينا اذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ ابريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٦٤٥ ـ وانظر أيضا استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١١ ص ٨٢٨) .

(٢) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٩ ـــ فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه والقضاء المشار اليها .

(٣) الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٥ . والعبرة فى معرفة أى حكم يسرى تكون هنا أيضا بتاريخ موت المورث ، فان كان هذا التاريخ قبل نفاذ الوصية (رقم ١٧ لسنة ١٩٤٦) الذى يجيز الوصية لوارث فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، والا فحكم التقنين الجديد .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة التصرفين فى حدود ثلث كل منهما ـ باعتبار انهما صادرين فى مرض الموت ـ دون ان يستظهر عناصر التركة التى خلفها المورث أو يعنى ببحث ما اذا كانت التركة محملة بديون للغير أم لا مع ان هذا البيان لازم =

ولم يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمنا ، وكانت قيمة التركة ــ ويدخل فى ذلك قيمة الدار المتصرف فيها ــ ستة آلاف ، فان المتصرف ينفذ فى حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة . أما اذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فان قيمة الدار تجاوز ثلث التركة بمقدار ألف ، فاذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف له أن يرد الى التركة ألفا على النحو الذى قدمناه (١) .

= لتقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية على النحو الذى يتطلبه القانون ــ لما كان ذلك فان الحكم يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون قد جاء قاصرا عن بيان الاسباب التى استند اليها فى تقييم القدر الجائز الايصاء به : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٧٤٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى يحكم واقعة الدعوى ، على ان الوصية لا تنفذ من غير اجازة الورثة الا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه ، ولم يتعرض هذا القانون صراحة للوقت الذى تقوم فيه التركة ويتحدد ثلثها ، الا ان الراجح فى مذهب ابى حنيفة ان يكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لانه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية واعطاء كل ذى حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثه أو الموصى له فيها بعطاء ورتبوا على ذلك ان كل ما يحدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقض فى قيمة التركة او هلاك فى بعض اعيانها يكون على الورثة والموصى له ، وكل زيادة تطرأ على التركة فى هذه الفترة تكون للجميع : نقض مدنى فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٩٩ ص ١٧٤٢ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذ كان الحكم المطعون فيه قدر التركة بموافقة الورثة ــ وبغير نفى من الطاعنين ــ بمبلغ ٨١٠٠ جنيه وقيمة العقار الموصى به ٦٠٠٠ جنيه وكانت هذه الوصية تنفذ قانونا بقدر الثلث من التركة كلها أى ٢٧٠٠ جنيه والباقى من قيمة العقار وهو ٣٣٠٠ جنيه لا تنفذ الوصية فيه الا باجازة الورثة كنص المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، واذ كان المطعون عليهم قد اجازوا الوصية فيما يجاوز الثلث وكان نصيب المطعون عليهم الاربعة الاول ومجموع ذلك ١٤٦٦ر٦٦٦ جنيها . وهو ما يمثل حصة قدرها ١٦ سهما و ١٦ قيراطا من ٢٤ قيراط شيوعا فى العقار الموصى به ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف ذلك باحتساب النصيب الميراثى للمطعون عليهم منسوبا الى باقى التركة وقدرها ٥٤٠٠ جنيه بعد استنزال ٢٧٠٠ جنيه قيمة الوصية النافذة قانونا وقضى بصحة العقد فى حصة من العقار قدرها ٢٠ر٩٠٥/٣ قيراط من ٢٤ قيراط يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٦٠ ص ١٣٣٧ .

وقد كان التصرف بغير ثمن أصلا فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما اذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما اذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ فى حق الورثة فى جميع الدار — سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم تزد — الا باجازة الورثة ، فاذا لم يجيزوا وجب على الوارث رد الدار الى التركة (١) .

١٨٨ — **حماية الغير حسن النيه** : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيهما تصرف المريض فى حق الورثة الا باجازتهم ، وهما :

١ — اذا تصرف بغير ثمن أصلا وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة .

٢ — أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

ففى هاتين الحالتين اذا لم تجز الورثة ، ولم يرد المتصرف اليه الى التركة ما يفى بتكملة ثلثيها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التى تصرف فيها المريض ما يفى بتكملة ثلثى التركة . واذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتتبعوا العين فى يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذى قدمناه (٢) . أما اذا كان المتصرف له قد تصرف فى العين معاوضة لاتبرعا ، بأن باعها مثلا من شخص آخر ، فان الورثة لا يستطيعون تتبع العين فى يد المشترى اذا كان حسن النية ، أى اذا كان المشترى لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقا فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٣) . وتقول المادة ٤٧٨ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد ما يأتى : « لا تسرى أحكام المادة السابقة اضرارا بالغير حسن النية واذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا

---

(١) والعبرة هنا أيضا بتاريخ موت المورث ، فان كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) الذى يجيز الوصية للوارث سرى حكم التقنين السابق ، والا فيسرى حكم التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولا وقد حازه المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما اذا كان المشترى سيء النية ، كان أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم اجازتهم لتصرف المريض ، لم يجز له أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧) .

عينيا على العين المبيعة » • ولا يبقى للورثة فى هذه الحالة الا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض •

والحكم لا يتغير فيما اذا كان المتصرف له رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عينى آخر ، وكان من تلقى الحق العينى حسن النية • فيجب فى هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العينى ، ولا يستوفوا من العين حقهم الا وهى محملة بهذا الحق (١) •

٤ ـ بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد الديون

١٨٩ ـ وضع المسألة ـ سريان مبادىء الفقه الاسلامى : قدمنا أن هناك صورا مختلفة لبيع التركة ، وقد استبعدنا من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية فى تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلة • وعالجنا صورة ثالثة هى بيع الوارث لحصته فى التركة أى لنصيبه فى مجموع من المال مع ضمان صفته كوارث ، سواء كان البيع لغير وارث أو كان لوارث وهو التخارج • ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهى بيع الوارث لعين معينة بالذات من أعيان التركة قبل سداد الديون •

لو أننا كنا نطبق مبادىء القانون الفرنسى ، حيث تنتقل الديون الى ذمة الورثة كما تنتقل الحقوق ، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون • فان هذه الأعيان قد انتقلت الى ملكيته بمجرد موت المورث وقبول الوارث للميراث ، كما أن الديون قد انتقلت

---

(١) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٢٤ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٥ ـ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥١ ـ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٢ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٣ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٣ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ •

الى ذمته ، فله أن يبيع الأعيان ، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصى .

ولكن مبادىء الفقه الاسلامى تتعارض مع التصوير المتقدم ، فديون التركة وفقا لهذه المبادىء تتعلق بأموالها ، فتجب معرفة متى تنتقل أموال التركة للورثة ، ومدى تعلق حقوق الدائنين بهذه الاموال ، ويستتبع ذلك أن نتساءل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا فى أعيان التركة قبل سداد ديونها .

وقد كان هناك خلاف محتدم فى عهد التقنين المدنى السابق فيما اذا كانت مبادىء الفقه الاسلامى هى التى تسرى فى انتقال أموال التركه الى الورثه أو هى مبادى القانون الفرنسى ، فانقسم الفقهاء الى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجح ، وفريق يقول بالرأى الثانى (١) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف

---

(١) وأصحاب الرأى الاول يستندون الى أن المشرع فى عهد التقنين المدنى السابق قد احال الميرات على الشريعه الاسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين الورثه وتحديد انصبتهم فى الميراث ، بل ايضا باعتبار الميراث طريقا لانتقال الملكيه من المورث الى الوارث . والوارث فى الشريعة الاسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحل محله فى التزاماته ، بل ان ديون المورث تتعلق بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامنا لها حال حياته . ولا يرث الوارث الا ما يتبقى بعد سداد الديون ، اذ لا تركة الا بعد سداد الدين . اما حق الدائنين فى الشريعة الاسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركه ، فاذا باع الوارث عينا من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتتبعها فى يد المشترى ويستوفى منها حقه . هذا اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما اذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك رهن عام بمقدار ديونهم لان أموال التركة مثقله بحقوقهم ، ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف فى أعيان التركة لان ضمان الدائنين هى التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة فى التصرف يقف حين لا يبقى فى التركة الا مايكفى للوفاء بالديون ، وكان تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ فى حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقهم من أعيان التركة حيث توجد اذا لم يكن الباقى منها كافيا (الاستاذ عبد الحميد بدوى فى مجلة مصر العصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها ـ وملاحظات الاساتذة عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمى عيسى فى ص ٤٠) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة =

وأخذ صراحه بالرأى الأول ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى على ان « تعيين الورثه وتحديد انصبائهم فى الأرث وانتقال أموال

= ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ، رقم ٤٢٤ ص ٢٧٧ — استئناف مصر ١٨ يونيه سنه ١٩٢٧ المجموعه الرسمية ٣١ رقم ١٤٢/١ ص ٣٦٤ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماه ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ — ٨ مارس سنه ١٩٣٢ المحاماه ١٢ رقم ٧٠ ص ١٦٨ — ١٠ ديسمبر ص ١٧ محكمة مصر ٢٨ يناير سنه ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماه ١٣ رقم ٤٢٦/٦ ص ٨٧١ — ٥ ديسمبر سنه ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ — محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ — ٢٢ مارس سنه ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ — ٢٠ فبراير سنه ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ — محكمه طنطا ٢١ اكتوبر سنه ١٩١٩ المحاماه ١٠ رقم ٣٢/١ ص ١٩٩ — الاسكندريه ٢ أبريل سنه ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٠ ص ٢٥٠ — استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنه ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ — ١٣ يونيه ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٥ — ١٦ ديسمبر سنه ١٩٠١ م ١٦ ص ٦٦ — ٢٠ ابريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ — ٢ يونيه سنه ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٤ — ١١ مارس سنه ١٩١٤ م ١١ ص ١٧٠ — ٦ يناير سنه ١٩١٧ م ١٦ ص ١٤٦ — ٢٦ مارس ١٩١٧ م ١٦ ص ١١٤ — ٢٠ اكتوبر سنه ١٦١٧ م ١٠ ص ١٢ — ٨ فبراير سنه ١٩٤٠ م ٥١ ص ١١٤ .

ومن اصحاب هذا الرأى الاول من يذهب الى حد القول بحلول الديون المؤجله بموت المدين وفقا لمبادىء الفقه الاسلامى (الاستاذ على زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعه الاسلاميه سنه ١٩١٢ ومقال له فى المحاماه السنه الاولى العدد الخامس) .

اما اصحاب الرأى الثانى فيذهبون الى ان الشريعه الاسلاميه انما تسرى فى تعيين الورثه وتحديد انصبتهم ، اما فى كيفيه انتقال المال الى الورثه فليس هذا متصلا بالاحوال الشخصيه ، بل هو داخل فى اسباب كسب الملكيه ، فتسرى فيه القواعد العامه فى القانون المدنى . ومن ثم يجب ان تفصل اموال التركه عن اموال الوارث الشخصيه ، ويقدم دائنو المورث على دائنى الوارث فى اقتضاء حقوقهم من اموال التركه ، لأن حق الضمان العام الذى كان لهم فى حياه المورث لايزال باقيا كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعه هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينيا بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار اذا خرج من يد الوارث بالبيع الا اذا كان المشترى سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له ان يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصيه اذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة الى تصرف المورث . ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بقيمه ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه ان يتضرروا من ذلك لان كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل الى منعه عن التصرف الا بالحجر (الاستاذ احمد عبد اللطيف المحاماة السنة الثانية العدد الثالث — الاستاذ عبد الوهاب محمد الشرائع السنة الاولى ص ٥٧) . وانظر فى أحكام القضاء فى هذا الرأى : استئناف وطنى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ =

= المجموعة الرسمية : ١ رقم ٢٢ ص ٤٢ — استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢١ — محكمة الاسكندرية ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١ القضاء ٤ ص ١٠ .

وانظر في هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الاستاذين احمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٦٩ — فقرة ١٠ (وما اشير اليه من مراجع في الفقه والقضاء) . وانظر بحثا للاستاذ احمد ابراهيم في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ — ص ٣٩٨ .

وقد اخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالرأي الاول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت او غير مستغرقة ، تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه اذا ما تعرضت للفصل في مسائل المواريث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الاسلامية ، وهي — على ما سبق القول — القانون في المواريث . واذن فالحكم الذي ينفي حق الدائن في تتبع اعيان تركة مدينة تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلا ، مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

وقضت ايضا بأن تصرف الورثة في التركة المستغرقة ببيع بعض اعيانها خاضع لحكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالي سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي ، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى ابطال التصرف اضرارا بدائن التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الاساس بملكية المشتري للعين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية الا محملة بحق الدائن العيني ، لان التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادما مسقطا للحق العيني الذي يثقلها ، اذ هذا الحق انما هو حق تبعي لا يسقط بالتقادم مستقلا عن الدين الذي هو تابع له . وبقاء هذا الحق العيني على الارض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف اليه . واذن فمن الخطأ أن يلغى بالغاء اجراءات نزع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الارض ، اذ هذا القضاء يكون فيه اهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) . ويؤخذ على هذا الحكم الاخير أنه متى قرر للدائن حقا عينيا على العين الموروثة يمكنه من تتبع العقار تحت يد المشتري ، لم يعد في حاجة الى انكار ملكية الوارث للعقار والى ترتيب التقادم الخمسي على انعدام الملكية . ولو أن الوارث كان غير مالك حقا ، وباع الى مشتر حسن النية ، لملك هذا بالتقادم الخمسي المبيع خالصا من حق التركة ودائنيها ، فهؤلاء لا يعدون أن يكونوا في مركز المالك الحقيقي ومركز من كسب حقا من هذا المالك ، فيسري التقادم في حقهم .

التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسـلامية والقوانين الصادرة فى شانها » • فلم يقتصر سريان احكام الشريعة الاسـلامية على تعيين الورثه وتحديد انصبائهم فى الارث ، بل امتد ايضا الى انتقال أموال التركه الى الورثة وهذه هى المساله التى كانت محل خلاف فى الماضى ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى • اذن لابد من تطبيق

وقد حسم الخـلاف فيها نص صريح كما نرى • اذن لابد من تطبيق

مبادىء الفقه الاسلامى فى انتقال أموال التركه الى الوارث ، وفى حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها • وقد أخذت فعلا نصوص التقنين المدنى الجديد فى الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادىء ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع •

فنبحث اذن مسائل خمسا :

١ ـــ انتقال أموال التركة الى الورثة فى الفقه الاسلامى •

٢ ـــ تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه الاسـلامى •

٣ ـــ انتقال اموال التركة الى الورثة فى التقنين المدنى الجديد •

٤ ـــ تصرف الورثة فى أعيان التركة التى لم تخضع لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد •

٥ ـــ تصرف الورثة فى أعيان التركة التى خضعت لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد •

١٩٠ ـــ انتقال أموال التركة الى الورثة فى الفقه الاسـلامى : من المقرر فى الفقه الاسلامى أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال ، فتصبح التركة هى المسئولة عن سداد هذه الديون • والـدين يتعلـق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، اذ حق الدائن هو أن يستوفى الـدين من مالية التركة لا من عين بالذات •

واذا بحث الفقهاء ، فى الفقه الاسلامى ، متى تنتقل أعيان التركة الى الورثة ، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بـأن

الورثة يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من هذا الوقت • فان ملكيـــة الأعيان تنتقل اليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا ، فيقيد هذا من حق الورثة فى التصرف كمـــا سنرى • ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة الى الورثة وهل يكون وقت مـــوت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون • ونذكر من هذه النتائج اثنتين :

١ — نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة — متصلة كانت أو منفصلة — كالثمرة والولد والريع والسمن ، اذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكا للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصـــاياه • واذا قلنا بأن الملكية تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث ، فان هذا النماء يكون ملكا للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصـــاياه •

٢ — نفقات أعيان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما اذا بقيت ملك الميت • أما اذا انتقلت الى الورثة بمجرد موت المورث ، فـــان هـــذه النفقات تكون على الورثة ، حتى اذا بيعت أعيان التركة فى ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هـــذه النفقات بالمبادرة الى بيع الأعيان لسداد الديون • وكما أن لهم نمـــاء الأعيان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم •

وقد اختلفت المذاهب الفقهية فى تحديد وقت انتقال التـــركة الى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب الى بقاء التركـــة على ملك الميت ، ومنهـــا ما ذهب الى انتقالها فورا الى ملك الورثة ، ومنها ما ميز بين حـــالة وحالة •

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته الى أن يسدد الدين ، مستغرقا للتركة أو لم يكن مستغرقا لها •

وعند الشافعية والحنابلة تنتقل أموال التركة الى ملك الورثة فورا بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذى قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقا للتركة أو غير مستغرق لها • وفى المذهب الحنبلى ، الى

جانب هذا القول ، قول آخر يذهب الى بقاء التركة على ملك الميت الى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما اذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فان كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل الى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة الا اذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفى أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأى المشهور فى المذهب الحنفى . وفى قول آخر يكفى لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين الرأى يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأى ثالث يذهب الى أنه يبقى قيمة هذه الأموال لا جميع الديون . وأما ان كان الدين غير مستغرق للتركة ، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأى ثان يذهب الى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة الى الورثة الا بعد سداد الدين ، وهذا على ملك الميت من الأموال ما يكفى لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال الى الورثة (١) .

١٩١ — تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه الاسلامى : اختلفت المذاهب الفقهية فى صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا يتفرع حتما على اختلافها فى الوقت الذى تنتقل فيه التركة الى ملك الورثة ، والا لوجب أن يقول من يذهب الى انتقالها الى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب الى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف سنرى بعد عرض المذاهب فى هذه المسألة أن هذا ليس مطردا .

فعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث فى

---

(١) انظر عرضا مفصلا لهذه المذاهب وللادلة التى يحتج بها كل مذهب فى مقال للاستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ — ص ١٧٤ .

أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين فى المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو متقدم على حق الورثة . والرأى الآخر يذهب الى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح اذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفى لسداد الدين . لا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو غير مستغرق . واذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم الا من المبيع ، فلذلك حالتان . الأولى أن يكون الوارث عالما بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بالدين ، وعند ذلك يفسخ البيع الا اذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه ، فاذا دفعها لزم البيع ورجع المشترى على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولا يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذى قبضه من المشترى سواء كان فيه وفاء بالدين أو لم يكن ، ولا رجوع لهم على المشترى بشىء الا اذا حاباه الوارث فى البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط (١) .

---

(١) وقد جاء فى المدونة الكبرى فى هذا الصدد : « قلت ارايت رجلا هلك وترك مالا وترك ديونا للناس عليه ، وليس فى مال هذا الذى ترك وفاء لحق واحد من الغرماء ، فأخذ الوصى المال او اخذته الورثة فقضوه رجلا واحدا وهم لا يعلمون بالذين لهم الدين ، أو كانوا يعلمون فقضوا واحدا من الغرماء دون بقيتهم . قال اذا لم يعلموا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفا بالدين ، فلا شىء على الوصى ولا على الورثة . فان علموا أو كان موصوفا بالدين ، فعليهم ما يصيب هؤلاء اذا تحاصوا ، ويرجع الورثة او الوصى الذى اقتضى المال بما غرموا لهؤلاء الغرماء . وأن كانوا لم يعلموا ، فانما يتبع الغرماء الذين استوفوا المال ، ولا يكون على الوصى ولا على الورثة شىء . قلت وهذا قول مالك ، قال نعم هو قوله .. قلت ارايت ان باع الورثة تركة الميت فاكلوها واستهلكوها ، ثم قدم فاقاموا البينة على دين لهم على الميت ، قال قال مالك ان كان الرجل الميت معروفا بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه واكلوه ، كان للغرماء ان ياخذا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، واتبع الذين اشتروا الورثة =

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان : أحدهما أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء المدين بغير اذن الغرماء ، باطل ، والثانى أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين • ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فمن قال منهم انها لا تنتقل الا بعد سداد الدين ذهب الى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال أنها تنتقل فورا بموت المورث ذهب الى صحة هذا التصرف (١) •

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة الى ملك الورثة فورا بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف فى أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة • ذلك أن التركة تنتقل الى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع العين المرهونة • وكان مقتضى ذلك

= وان كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما فى أيديهم .قال ابن القاسم اخبرنى بهذا عن مالك غير واحد من اصحابنا ، وهو رايى . سحنون عن ابى وهب قال مالك فى الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما فى حالة ، ثم يبيع الورثة امواله فيقتسمونها : ثم يأتى دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدى الناس الذين اشتروا • قال اما الذى يعرف بالدين ولا يجهل امره ، فان الغرماء يأخذون ما وجدوا بايدى الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة باموالهم . واما الذى لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فانما يتبع غرماؤه الورثة بثمن ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن » (المدونة الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ — ص ٥٩) •

(١) وقد جاء فى المغنى فى هذا الصدد : « حكي بعض اصحابنا فيمن مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين : احداهما لا يمنعه ، للخبر ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى حق الجانى والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فان تصرف الورثة فى التركة ببيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجانى أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة اليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فعلى هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لانهم تصرفوا فى غير ملكهم ، الا ان يأذن الغرماء لهم . وان تصرف الغرماء ، لم يصح الا باذن الورثة » (المغنى جزء ٤ ص ٤٨٧) •

أنه يجوز للوارث بيع مال التركة باذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لا يجيزون التصرف ولو باذن الدائن ، لأن الدين لايزال معلقا بنفس الميت ، بخلاف الرهن فان اذن المرتهن يسقطه • فالشافعية اذن يذهبون الى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة بأى دين ، ولو لم يكن مستغرقا ، قبل سداده تصرف باطل • وللدائنين أن يتتبعوا أعيان التركة فى يد المشترى ، وللمشترى الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن • ويستثنى من ذلك تصرف الوارث فى التركة لسداد الدين ، فهو صحيح اذا كان باذن جميع الدائنين ، أو باذن القاضى اذا لم يكن الثمن أقل من القيمة • وهناك رواية أخرى فى مذهب الشافعى أنه يصح تصرف الوارث فى التركة المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فان قضى الوارث الدين لزم تصرفه ، وان لم يقضه فسخ التصرف (١) •

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة الى الورثة بمجرد موت المورث اذا كان الدين غير مستغرق والا فببقائها على ملك الميت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصى ، والا كان التصرف باطلا ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة • ويتبع الدائن العين فى يد المشترى لبطلان التصرف ، ويرجع المشترى على الوارث بما أدى من الثمن • على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف فى أموال

---

(١) وقد جاء فى المهذب فى هذا الصدد : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر فى حياته .. فان تصرف الورثة فى التركة قبل مضى الدين ، فيه وجهان : احدهما لا يصح ، لانه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثانى يصح ، لانه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وان قلنا انه يصح ، فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وان لم يقض فسخنا .. واذا قسم مال المفلس او مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما اخذوه على قدر دينه ، لانا انما قسمنا بينهم بحكم الظاهر انه لاغريم له غيرهم ، فاذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة ، كالحاكم اذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » (المهذب جزء اول ص ٣٢٧) •

التركة المدينة بسداد الدين ، ويصح تصرفه فى هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف ، الا اذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث يتصرف لحسابه الشخصى . أما اذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، وتصرف الوارث لحسابه الشخصى ، كان التصرف صحيحا نافذا ما بقى فى التركة ما يفى بسداد الدين ، أو أجاز الدائن التصرف (١) .

ويخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب فى هذه المسألة أن الأساس الذى يقوم عليه تقييد حق الوارث فى التصرف قبل سداد

---

(١) وقد جاء فى المبسوط للسرخسى : « الدين اذا كان محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ، وان لم يكن محيطا فكذلك فى قول ابى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف المورث فى المال ، والمال كان مملوكا للميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون ملكا للوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين ، فقد جعل الله تعالى اداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق اوانه . فيكون حال الدين كحاله فى حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . واذا كان الدين محيطا بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يبقى مملوكا بغير مالك ، تبقى مالكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته » (المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٦ ـ ص ١٣٨) .

وجاء فى الزيلعى : « ان الدين يجب فى الذمة .. ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة . الا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط ، وان للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر .. بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ، وليس للوارث ان يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر .. ولأبى يوسف رحمه الله ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوراث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين » (الزيلعى جزء ٦ ص ٢١٤) .

وجاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى (جزء ٦ ص ٢١٤) : « اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وان كان لا ملك لهم ، ولكن لهم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقدا ، كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء . والأجنبى لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين اذا كان زائدا على التركة ، فللورثة ولاية استخلاص التركة باداء جميع الدين لا بقدر التركة ، كالعبد الجانى اذا فداه مولاه فداه بارشه » .

الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع الى اختلاف الطريقة التى يحمى بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يمعن فى حماية الدائن الى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سدد الدين ، وهذا قول فى كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحا بشرط ألا يمس حق الدائن ، فينفذ التصرف باجازة الدائن أو بنزوله عن دينه أو ببقاء مال فى التركة يكفى لسداد الدين ، وهذا قول آخر فى كل من المذاهب الأربعة كذلك .

١٩٢ ـ انتقال التركة المدينة الى الورثة فى التقنين المدنى الجديد :
وقد عنى التقنين المدنى الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التى تقضى بألا تركة الا بعد سداد الدين ، وهى القاعدة التى رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت فى تحديدها وفى استخلاص نتائجها . فأورد نظاما مفصلا لتصفية التركات المدينة ، بعد أن قرر اجمالا وجوب اتباع الفقه الاسلامى فى الميراث ، لا فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضا فى كيفية انتقال أموال التركة الى الورثة كما سبق القول .

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدنى الجديد من مبادىء رئيسية فى انتقال أموال التركة من المورث الى الوارث ، وفى حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التقنين المدنى فى هذا الصدد على مبادىء رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادىء الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة .

أولا ـ تنتقل أموال التركة الى الورثة بمجرد موت المورث (١) ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص الفقرتين الاولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية الى الورثة ، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وانما تؤول هذه الحقوق العينية العقارية من المورث الى الوارث اثر يترتب على واقعة الوفاة . واكتفى المشرع فى مقام تحديد الخبراء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر اى تصرف يصدر من الوارث فى اى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٤ ص ١٥٩٩ .

مع تعلق حقوق الدائنين بها . فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عينى هو أقرب الى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانونى . ولابد من شهر هذا الحق ليكون نافذا فى حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (١) .

ثانيا ـ ولما كانت أموال التركة تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها (٢) ، ولكن تصرفهم يكون خاضعا لحقوق الدائنين على النحو الذى أسلفناه.

ثالثا ـ ويكون سداد الديون ، اذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب اجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من

---

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عينى لدائنى المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العينى يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائنى المورث حقوقهم من التركة فلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيىء النية ، وانه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى قاعدة « لا تركة الا بعد سداد الدين » أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاء بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف اليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة : نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن الملكية لا تنتقل الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع ، وأن العقد الذى لم يسجل لا ينشىء الا التزامات شخصية بين طرفيه . فاذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل اليه الملكية ، ويبقى العقار على ملك المورث ، وينتقل منه الى ورثته . فاذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار فانه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وان كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد . وعلى ذلك فان عقد البيع الصادر من كل من المورث والوارث يعتبر صحيحا الا انه غير ناقل للملكية ولا تكون الافضلية الا بعد التسجيل ، ومع مراعاة احكام شهر حق الارث المنصوص عليها فى القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ سالف الذكر : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٥ ص ١٦٠٥ .

الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ؛ وذلك اما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهى فى يد الورثة (١) ، واما عن طريق تتبعها والحجز عليها فى يد الغير اذا تم الشهر الذى أسلفنا الاشارة اليه — ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الالتجاء الى الاجراءات الفردية ؛ تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره الى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين اتخاذ اختصاص على عقار فى التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) . أما اذا خضعت التركة لنظام التصفية ؛ فلا يكون سداد الديون الا باجراءات جماعية يتولاها المصفى نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ اجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصفى فى التركة — كما يقوم السنديك فى التفليسة — بجرد أموال التركة وحصر وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وان ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائنون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا .

١٩٣ — تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى لم تخضع لنظام التصفية : ونخصص القول هنا فى حكم تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة قبل سداد الدين اذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد قدمنا أن حقوق الدائنين تتعلق بأعيان التركة أشبه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شخصية الوارث — وعلى ماجرى به قضاء المحكمة — تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته ، لا بذمة ورثته ، ولا يقال بان التزامات المورث تنتقل الى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا ، الا اذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة ، وتبعا لذلك لايعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية اعيان التركة او جزء منهـا قبل وفاة مورثه مسئولا عن التزامات هذا الاخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل اليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شانه شأن الغير فى هذا الخصوص : نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٩٠ ص ١١٣٥ .

ما تكون بحق رهن ، وأنه لابد من شهر هذا الحق ليكون نافذا فى حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهر بتأشير الدائن بدينه فى خلال سنة من شهر حق الارث ، ويجرى التأشير أمام اسم المورث فى سجل عام تدون فيه اسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية •

فاذا تم التأشير على هذا النحو ، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيتتبعها فى يد من وقع التصرف لهم • وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٩١٤ مدنى ، اذ تنص على ما يأتى ، « اذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقه : جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، اذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون (١) » • وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، وتجرى على الوجه الآتى : « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك اذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار اليه فللدائن ان يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير (٢) » •

---

(١) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٧ •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد : « ومؤدى هذا النص ان تأشير الدائن بدينه فى الميعاد المشار اليه يحفظ له حقه مطلقا قبل الغير • حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير • اما بعد هذا الميعاد • فالعبرة بأسبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث • ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة الى الدائن الا من تاريخ شهر الارث • أما اذا لم يشهر حق الارث ، فللدائن أن ينفذ على اعيان التركة استيفاء لحقه ، والمفروض انها تكون باقية على ملك الوارث اذ لا يجوز شهر اى تصرف صادر منه قبل شهر حق الارث ذاته • وللدائن فى جميع الاحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك — أى بعد شهر حق الارث — أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث • بمعنى انه اذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الارث) ،=

وتطبيقا لما قدمناه نفرض أن الوارث قد باع عقارا فى التركة قبل أن يسدد ديونها . فاذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحو الذى أسلفناه فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتتبع العقار تحت يد المشترى ، كما كان يتتبعه لو أنه كان دائنا مرتهنا ، فيستوفى حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بدينه مادام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث كما سبق القول . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الأرث (١) ،

= ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان لهذا الاخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق الغير . واذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن، فللدائن الذى لم يؤشر بدينه ان يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن . ومما تقدم يرى ان المادة ١٤ مكملة للمادة ١٣ التى أوجبت شهر الارث حتى يستطيع الوارث التصرف فى عقارات التركه . وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الغرماء لنظام التأشير الهامشى ، ولم توجب شهرها استقلالا بطريق التسجيل . فاذا أهمل الوارث شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقائه محميا بقاعدة لا تركة الا بعد وفاء الديون ، فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها » . وانظر الاستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الاصلية جزء ٥ فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ — والاستاذ محمد على عرفه فى الاتجاهات الحديثة فى الميراث وتصفية التركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « لكل ذى شأن ان يطلب الى قاضى الامور المستعجلة محو التأشير المشار اليه فى المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى اذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا » . فيجوز اذن أن يطلب المحو الوارث او دائن آخر للتركة أو دائن شخصى للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير فيطلب محوه .

والافضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائنى التركة « فلا يتقدم أحدهم على الآخر لمجرد أنه اشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذى اشر فى خلال السنة له أن يتتبع العقار فى يد الغير ، ولا يستطيع هذا التتبع الدائن الذى لم يؤشر فى خلال هذه المدة (الاستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الاصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ — الاستاذ محمد على عرفه المقال المشار اليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧) .

(١) أما قبل شهر حق الارث ، فان القانون لا يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة ، اذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل ان يشهر حق ارثه =

وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما اذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس • فأما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، واما أن يجعل الوارث يفى بالدين • فان لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لاجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة (١) •

فاذا لم يقم الدائن بالتأشير بدينه فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث لم يعد حقه نافذا فى مواجهة المشترى اذا سجل المشترى البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة (٢) • فاذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلا ، فان كان المشترى قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار فى يده ، ما لم يكن المشترى سىء النيه متواطئا مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطعن فى البيع بالدعوى البوليصيه • وان كان المشترى قد سجل البيع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن ان يتتبع العقار فى يد المشترى وان يستوفى منه

= وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد : «يجب شهر حق الارث بتسجيل اشهادات الوراثه الشرعيه او الاحكام النهائيه او غيرها من السندات المثبته لحق الارث ، مع قوائم جرد التركه اذا اشتملت على حقوق عينيه عقاريه ، وذلك بدون رسم • والى ان يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر اى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق » •

(١) ويبدو أن المشترى من الوارث لايستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فان التطهير اجراء استثنائى لا يمتد من الرهن الرسمي الى غيره من الحقوق المماثلة الا بنص فى القانون • ولذلك جاز التطهير فى حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٥ مدنى ، ولم يجز فى الرهن الحيازى لانعدامه •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى مرتبطا بنص المادة ١٣ منه وبما اورده المشرع بالمذكرة الايضاحية لذات القانون ، انه وان كان اعمال المفاضلة فى مقام الملكيه لا يتم الا على اساس الاسبقيه فى الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار اليه ، الا ان المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث ، فاذا كان الارث لم يشهر فان المشترى من الوارث =

حقه (١) • وفى جميع الأحوال يجوز للدائن ، اذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار ، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التى لاتزال باقية فى يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث فى مالة الشخصى اذا كان هذا قد باع العقار غشا واضرارا بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية •

أما اذا كانت العين التى باعها الوارث قبل سداد الدين منقولا ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه فى هذا البيع وينظر فى هذه الحالة الى المشترى ، فان كان سىء النية ، أى يعلم أن المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، جاز للدائن أن يتتبع هذا المنقول فى يد المشترى وأن يستوفى حقه منه • أما اذا كان المشترى حسن النية ، فقد ملك المنقول بالحيازة ، ولايستطيع الدائن أن يتتبعه فى يده ، وليس له الا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التى لاتزال فى يد الوارث • فان لم يجد شيئا يستوفى منه حقه ، رجع بثمن المنقول على الوارث اذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض اذا كان سىء النية أى يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة دينا لم يسدد •

= لايستطيع الاحتجاج بعقده فى مواجهة دائنى التركة ومنهم المشترى من المورث بعقد غير مسجل • اما اذا شهر حق الارث فقد خول المشرع دائنى التركة ـــ بما فيهم المشترى لعقار من المورث اذا لم يكن قد سجل عقد شرائه ـــ وسيلة يتقدموه بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة الى التأشير بحقوقهم فى هامش حق الارث خلال سنة من حصوله ، فاذا لم يؤثر الدائن بحقه الا بعد انتهاء هذا الميعاد ذاته يفقد الحق فى الاحتجاج بالتصرف الصادر اليه من المورث فى مواجهة المشترى من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة ١٤ السالفة الذكر : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٤ ص ١٥٩٩ •

(١) الاستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ ـــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٩٩ ص ٢٦ ـــ واذا باع المورث عقارا ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فان المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث اذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى شهر حق الارث او اشر بدينه باعتباره دائنا للتركة فى خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك • اما اذا سجل المشترى من المورث البيع او اشر بالدين بعد انقضاء السنة ، فالعبرة فى المفاضلة بينه وبين المشترى من الوارث بالاسبقية فى التسجيل او التأشير • وسنعود الى هذه المسألة بتفصيل او فى فيما يلى (انظر فقرة ٢٧٠) •

١٩٤ — تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى خضعت لنظام التصفية : وقد تخضع التركة المدينة لنظام التصفية • ونبادر الى القول أن كل تركة لا تخضع حتما لهذا النظام بل ان الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له ، لما فيه من اجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح الا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون • ومن ثم جعل طلب اخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن — الدائن أو الموصى له أو الوارث — على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فان لم يرموجبا لذلك رفض اخضاع التركة لهذا النظام (١) • وهذا كله اذا لم يعين المورث نفسه وصيا لتركته • فان عين وصيا للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فانه يسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام (م٨٧٨ مدنى) • وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز اخضاع التركة لنظام التصفية : « اذا لم يعين المورث وصيا لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، اذا رأت موجبا لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره • فان لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى اختيار المصفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » •

فاذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام تأشير الدائن بدينه على على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى • وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — على كاتب

(١) ونرى من ذلك ان ما يوجهه الاستاذ محمد ابو زهرة ، فى كتابه أحكام التركات والمواريث (ص ٦٤ — ص ٧٤) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة واجراءات طويلة ، لا محل له • فهو ليس بنظام اجبارى ،بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن ان يطبقوه متى شاءوا • وانما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة اذا اثقلتها الديون وتعقدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات • والقاضى وحده هو الذى يقدر ما اذا كان يستجيب لطلب اخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب الا اذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا الراى الاستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الاصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١) •

المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفى وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء الورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب ان يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل ، وبكل ما يقع من تنازل ، ٢ — ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . فأى تصرف يصدر من الوارث ، اذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث ، لا يكون نافذا فى حق دائنى التركة ، ولهؤلاء أن يتتبعوا العقار المبيع فى يد المشترى على النحو الذى بيناه تفصيلا فى حالة تأشير الدائن بدينه فى خلال السنة . أما اذا قيد الامر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الارث ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول . وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشترى حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل ان الوارث اذا تصرف غشا فى شىء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق اجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصفى ، كما قدمنا ، بجرد أموال ، وحصر الديون التى عليها ، وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى اجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى اجراء اتخذوه ، الا فى مواجهة المصفى (م ١/٨٨٣ مدنى) . ولا يجوز للوارث قبل أن تسلم اليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين للتركة (م ٨٨٤ منه) . وعلى المصفى أن يكلف دائنى التركة ومدينيها أن يقدموا بيانا بمالهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن

يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركه وما عيها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦ — ٨٨٧ مدنى) • ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شىء من مال التركة ،ولو كان وارثا (م ٨٨٩ مدنى) • ثم تصفى المنازعات فى صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصفى بعد ذلك بوفاء ديون التركة • ولكن عليه فى حالة اعسار التركة أو احتمال اعسارها ، ان يقف تسوية أى دين حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقه بديون التركة (م ٨٩٢ مدنى) • ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثه ان تحكم بحلول الدين المؤجل الذى على التركة بشروط معينه ، فاذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركه بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركه ومن جملة اموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصـــته فى الارث • وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هـــذا التامين • فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافه ضمان تكميلى يقدمـــه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أيه تســوية اخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ١و٢ مدنى) • وبعد تسوية الديون على هذا النحو ، اذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره فى قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقا عينيا على أموال التركة ، وانما له الرجوع على الورثة بسبب اثرائهم (م ٨٩٧ مدنى) •

وبعد أن يقوم المصفى بتنفيذ التزامات التركـــة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك (١) ، يخلص ما بقى من

---

(١) ويدخل ، لتنفيذ الديون والوصايا ، فى مال التركة نماؤها . ويتفق هذا مع رأى الكثيرين من الحنابلة فهم يجعلون التركة ملكا للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء :=

المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعى ، ويسلم المصفى لهم ما آل من هذه الأموال (م ٨٩٩ — ٩٠٠ مدنى) • وتسلم المحكمة الى كل وارث يقدم اعلاما شرعيا أو ما يقوم مقام هذا الاعلام شهادة تقرير حقه فى الارث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل اليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدنى) • وهذه الشهادة هى التى يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث اليه • وهى تبيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال ، كما سبق القول • على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى يحتاج لها فى تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضا منها ، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م ٩٠٠ مدنى) وغنى عن البيان أن الوارث الذى يتسلم شيئا من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث •

٥ — بيع المحجوز عليه والمعسر

١٩٥ — **بيع المحجوز عليه** : يبدأ التنفيذ على عقار المدين باعلان التنبيه بنزع ملكية العقار الى المدين (٤٠١ مرافعات) (٤٠٢ مرافعات) • ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (٤٠٤ مرافعات) [١]

فاذا ماتم تسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزا ، لم يعد يجوز لمالك العقار المحجوز سواء كان هو المدين أو الحائز للعقار،

= (الاستاذ على الخفيف فى المقال المشار اليه ص ٢٢٠ — الاستاذ محمد ابو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٢٧) .

(١) وتقابل هذه النصوص فى قانون المرافعات السابق :

المادة ٦١٠ قديم تقابل المادة ٤٠١ .

المادة ٦١٣ قديم تقابل المادة ٤٠٢ وكانت تنص على انه « يجب تسجيل التنبيه قبل ستين يوما على اعلانه والا اعتبر كأن لم يكن ، ولايجوز تسجيله قبل مضى خمسة عشر يوما على اعلانه » . وقد رأى المشرع الغاء تلك المدد ، لانها ادت فى العمل الى سقوط تنبيهات كثيرة واضطرار الدائن الى اعادة الاجراءات .

المادة ٦١٥ قديم تقابل المادة ٤٠٤ ، وكانت تنص على انه « يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم الى مكتب الشهر اذا لم يعقبه خلال المائتين =

أن يبيعه • وبيع المالك العقار لا يكون نافذا فى حق الدائن الحاجز ولا فى حق الراسى عليه المزاد ، الا اذا كان البيع قد حصل شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية • فان سجل التنبيه قبل شهر عقد البيع ، كان البيع غير نافذ فى حق هؤلاء • وقد كان تقنين المرافعات الوطنى الاسبق لا ينص صراحة على هذا الحكم ، وان نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١) • فاختلف الرأى فى تحديد الوقت الذى يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أهو وقت تسجيل التنبيه أم هو وقت البيع بالمزاد (٢) • ولكن تقنين المرافعات حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنبيه ، اذ نصت المادة ٤٠٥ مرافعات على أنه « لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٤٠٦ (الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه فأصبحوا طرفا فى الاجراءات) ولا من حكم بايقاع البيع عليه ، اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » •

ويجوز فى أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع ايداع

= والاربعين يوما التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الاخبار بأيداع قائمة شروط البيع او صدور أمر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد » وقد حذف المشرع الفقرة الثانية من تلك المادة اكتفاء باشتراطه ايداع قائمة شروط البيع قلم كتاب محكمة التنفيذ خلال تسعين يوما من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية والا اعتبر التنبيه كأن لم يكن (مادة ٤١٤ من قانون المرافعات الحالى) •

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على انه « لايجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف فى العقارات المذكورة فى التنبيه ، والا كان التصرف باطلا من تلقاء نفسه وبلا حاجة الى حكم بذلك » •

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبقى على حقه فى التصرف فى العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائى ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١١٥ — نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) •

مبلغ من النقود مساو للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها ، ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الاموال المحجوزة وانتقاله الى المبلغ المودع . واذا وقعت بعد ذلك حجوز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر فى حق من خصص لهم المبلغ (٣٠٢ مرافعات) .

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز اذا لم يسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية — فلا يكفى اذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه — لا يكون نافذا فى حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه والراسى عليه المزاد (١) . فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا اجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، اذ هو غير سار فى حقهم ، وللراسى عليه المزاد أن يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع (٢) . فاذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن

---

(١) وتقابل المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات الحالى المادة ٦١٦ فى قانون المرافعات السابق التى كانت تنص على انه « لاينفذ تصرف المدين او الحائز فى العقار ، ولا مايترتب عليه من رهن او اختصاص او امتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ ولا الراسى عليه المزاد ، اذا كان التصرف او الرهن او الاختصاص او الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف او الرهن او الاختصاص او الامتياز المشار اليه اذا قام ذوو الشأن قبل اليوم المحدد للبيع ، بايداع مبلغ يكفى للوفاء باصل الديون والفوائد والمصاريف التى للحاجزين والدائنين المشار اليهم سواء حلت ديونهم او لم تحل مع اعلانهم جميعا بالايداع ، وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فاذا لم يحصل الايداع قبل ايقاع البيع ، فلايجوز لاى سبب منح ميعاد للقيام به » . وقد حذف المشرع الفقرة الثانية من هذه المادة لعدم الحاجة اليها بعد ان وضع قاعدة عامة فى المادة ٣٠٢ تقضى برفع قيد الحجز عند ايداع ذى الشأن لمبلغ يكفى ويخصص للوفاء بالمبلغ المحجوز من اجلها وذلك فى كافة صور التنفيذ (راجع المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) .

(٢) ولكنه لايكون باطلا او قابلا للابطال ، بل يكون بيعا صحيحا نافذا فيما بين البائع والمشترى .

(٣) الاستاذ رمزى سيف فى قواعد تنفيذ الاحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات السابق سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

الذى رسا به المزاد ، وبقى فضل ، فهذا الفضل للمشترى ، لأن البيع لايزال قائما بينه وبين البائع . وللمشترى بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقا للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البوليصية ، فقد فرض القانون أن المشترى الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز وأنه متواطىء مع مالك العقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ فى حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع اضرارا بحقوق الدائنين فى الدعوى البوليصية .

ويترتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز ، اذا سجل بعد تسجيل التنبيه ، ينفذ مع ذلك فى حق الدائنين (١) فى الحالتين الآتيتين : ١ ـ اذا قام المشترى قبل اليوم المحدد للبيع فى المزاد بايداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٢ مرافعات . ٢ ـ اذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الاجراءات التى اتخذت ، بأن وجدوا مثلا أن المشترى قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار فى المزاد . وفى هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشترى والبائع (٢) .

---

(١) ويبقى بطبيعة الحال قائما فيما بين المشترى والبائع ، دون ان يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق او بدعوى الفسخ .

(٢) ولايجوز للمشترى ان يجبر الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار ، ولو كان ثمن المثل او اكمله الى ثمن المثل ـ فهذا الاجبار لايكون الا بنص كنص المادة ٢٠٦ مدنى بالنسبة الى المشترى من المدين المعسر كما سنرى ـ لجواز ان يحصل الدائنون على ثمن اكبر من ثمن المثل اذا بيع العقار فى المزاد .

وكان بيع العقار المحجوز ، اذا سجل بعد تسجيل التنبيه ، ينفذ مع ذلك فى حق الدائنين فى حالة ثالثة فى ظل العمل باحكام قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ وهى حالة اذا سقط التسجيل بان لم يعقبه خلال المائتين والاربعين يوما التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الاخبار بايداع قائمة شروط البيع او صدور امر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد طبقا لما كانت تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ من قانون المرافعات السابق . ولكن بعد ان حذف المشرع هذه الفقرة الثانية ، لم تعد الحالة الثالثة المشار اليها قائمة .

١٩٦ - بيع المعسر : من أهم مزايا شهر اعسار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين فى ماله(١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يسرى فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة الى اثبات اعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الاعسار ، ودون حاجة الى اثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشترى . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة على هذا الحكم ، اذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط، ليكون البيع نافذا فى حق الدائنين ، أن يكون مسجلا قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فيكفى أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين ، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيناه فى البيع الصادر من المحجوز عليه ،فانه يجب أن يكون مسجلا قبل تسجيل التنبيه ليكون نافذا فى حق الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يكون باطلا أو قابلا للابطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشترى . ولكنه لا ينفذ فى حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا . فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة ، فيرجع المشترى على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ ، وان كان هذا الرجوع لا يجدى اذ المفروض أن المدين معسر . واذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المشترى ، لأن البيع لا يزال قائما كما قدمنا . واذا انتهت حالة الاعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضا قائما بين المدين والمشترى .

على أن البيع ينفذ فى حق الدائنين اذا كان بثمن المثل أو أكمل الى ثمن المثل ، وأودع الثمن كله بما فى ذلك تكملة ثمن المثل فى خزانة المحكمة

---

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨ .

على ذمة الدائنين • وقد نصت المادة ٢٥٨ مدنى على هـذا الحكم ، اذ تقول « ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع • ٢ — فاذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، الا اذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثـل » (١) •

٦ — بيع الأراضى الزراعية فى قانون الاصلاح الزراعى

١٩٧ — المسائل التى يثيرها قانون الاصلاح الزراعى بالنسـبة الى بيع الاراضى الزراعية : لا نعرض هنـا الى قـانون الاصـلاح الزراعى (٢) الا فى بعض المسائل الهامة التى يثيرها هذا القانون بالنسبة الى بيع الأراضى الزراعية ، لا سيما ما كان من هذه الأحكـام ذا أثر دائم • فنترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومـة فى خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة، ونترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذى تدفعه الحكومة لملاك الأراضى الزراعية فى مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفيـة دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بجمعيات التعاون الزراعى ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث فى عقد البيع أنها أحكام تتسم كثيرا أو قليـلا بالوقتية (٣) •

---

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى البولصية من أنه « اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خـزانة المحكمـة » .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٩ سـبتمبر سنة ١٩٥٢ .

(٣) انظر فى ذلك أحكام الاصلاح الزراعى للاسـتاذ عثمان حسين =

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان فى نطاق عقد البيع :

١ — القاعدة الأساسية التى وضعها قانون الاصلاح الزراعى من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتى فدان ، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم .

٢ — الحد من تجزئة الأراضى الزراعية (١) .

١٩٨ — عدم جواز تملك أكثر من مائتى فدان : تنص المادة الأولى من قانون الاصلاح الزراعى على أنه « لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من

= عبد الله . وشرح قانون الاصلاح الزراعى للاستاذ محمد على عرفة . والبيع للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠ — فقرة ٣٠٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الرابعة من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ اجازت لمن يملك اكثر من مائتى فدان ان ينقل الى صغار الزراع ملكية ما لم يستول عليه من اطيانه الزراعية الزائدة على هذا القدر ، واشترطت لذلك شروطا معينه منها أن تكون حرفة المتصرف اليهم من الطائفة المذكورة هى الزراعة كما اشترطت لصحة التصرف ان يحصل التصديق عليه من المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٦١٠ ، ونقض مدنى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٧ المجموعة السابقة السنة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ١٦٢١ .

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الارض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعى ، فهذه أحكام دائمة هى أيضا ، ولكنها لا تدخل فى نطاق عقد البيع، ومكان بحثها هو عقد الايجار وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتى : « استثناء من حكم المادة السابقة : (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان من الاراضى التى تستصلحها لبيعها ، وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح . (ب) ويجوز للافراد ان يمتلكوا اكثر من مائتى فدان من الاراضى البور والاراضى الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الاراضى حكم المادة الأولى الا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الاخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون ان تمتلك مقدارا من الاراضى الزراعية يكون ضروريا للاستغلال الصناعى ولو زاد على مائتى فدان . (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور =

هذا القانون على أنه « يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا عن مصادرة ثمن الأراضى الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضا بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها ... » (١) .

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضى مصر الزراعية أكثر من مائتى فدان أيا كانت درجة جودتها ، فالعبرة بعدد الأطيان لا بتربتها . فاذا كان شخص يملك — يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك الى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ اذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التى يثبت تاريخها قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (م ٣) — أكثر من مائتى فدان ، استولت الحكومة

= هذا القانون ان تمتلك مقدارا من الاراضى الزراعية يكون ضروريا لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتى فدان . (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون ان تمتلك من الاراضى الزراعية مايزيد على مائتى فدان على الا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على ان يؤدى اليها التعويض نقدا على أساس حكم المادة ٥ . (و) ويجوز أيضا للدائن أن يمتلك اكثر من مائتى فدان ان كان سبب الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزاد على الدائن طبقا للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات (السابق) ، ويجوز للحكومة بعد مضى سنة من تاريخ رسو المزاد أن تستولى على الاطيان الزائدة على مائتى فدان بالثمن الذى رسا به المزاد او نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما اقل . والى ان تستولى الحكومة على الزيادة يجوز للدائن ان يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى الوقف » .

(١) ومن اهم أمثلة التعطيل أن يخفى المالك مايمتلكه من أطيان تزيد على القدر المسموح بامتلاكه : كأن يقدم اقرارا غير صحيح بما يملك ، أو كأن يصطنع عقودا صورية يسعى من ورائها الى التهرب من أحكام القانون . ومتى تكشف الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضى الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطيان فلا يدفع شىء للمالك ، ويعاقب هذا فضلا عن ذلك بالحبس . وقد يعمد بعض الملاك الى افساد الارض التى تستولى عليها الحكومة ، فيخربها بالحط من معدنها أو باضعاف تربتها أو باتلاف ملحقاتها من عزب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت على من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا يعاقب بالحبس .

على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها الملك لنفسه (م ٣) • وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتى فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتى الفدان اذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتى فدان اذا كان يملك أقل من هذا المقدار •

وهو يكسب من الأراضى الزراعية ما يزيد على النصاب اما بسبب ارادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، واما بسبب غير ارادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم •

وقد خفض المشرع الحد الأقصى للملكية الشخص من الأراضى الزراعية الى مائة فدان بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ثم عاد وخفض الحد الاقصى الى خمسين فدانا بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ •

ومؤدى تلك القوانين المتعاقبة ان كل من يملك مائتى فدان قبل العمل باحكام القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ أو كان يملك مائة فدان قبل العمل باحكام القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ أو كان يملك خمسين فدانا بعد العمل باحكام القانون الأخير ، لا يجوز له أن يكسب اطيانا زراعية أخرى ، ويعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام فيقع كل عقد مخالف له باطلا دون حاجة الى نص خاص فى قانون الاصلاح الزراعى على هذا البطلان ، ذلك ان المادة ١٣٥ من التقنين المدنى قد نصت على انه اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا •

١٩٩ — التملك بالميراث والوصية والتقادم : فاذا كان الشخص يملك مائتى فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان ، صح التملك ، لأنه تم اما بتصرف قانونى لا يتعلق بارادة المالك وهذه هى الوصية ، واما بواقعة مادية لا بتصرف قانونى وهذا هو الميراث أو التقادم • ولكن تستولى الحكومة — بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتى فدان فى الفترة ما بين ٩ سبمتبر سنة ١٩٥٢ وتاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ، وأكثر من مائة فدان حتى تاريخ

العمل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، وأكثر من خمسين فدان فيما بعد ذلك التاريخ على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والاجراءات التى نص عليها قانون الاصلاح الزراعى • وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن « كل شخص أصبحت مساحة الأطيان التى يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتى فدان بأى سبب ، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الاقرار سالف الذكر (وهو اقرار يمهد للاستيلاء على ما يجاوز ما الحد الاقصى) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية » (١) •

٢٠٠ — **التملك بالعقد** : أما اذا تملك الشخص بالعقد — والغالب أن يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقدا آخر كالمقايضة (٢) والهبة — ما يجعل الأراضى الزراعية التى يمتلكها أكثر من مائتى فدان ، فالعقد باطل بطلانا مطلقا ولا يجوز لمصلحة الشهر العقارى أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الاصلاح الزراعى اذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله » •

ولا عبرة فى بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشترى أو بسوء نيته ، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد من ذلك باطلا • على أن حسن نية المشترى هنا لا يمكن الا أن يكون مقترنا

---

(١) وقد يقال ان الوصية لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز مائتى الفدان، قياسا على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة • ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد فى المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الاسلامية • فيجب اذن أن يؤول الى الموصى له جميع المقدار الموصى به مادام لايجاوز ثلث التركة وبعد ذلك تستولى الحكومة فى مقابل تعويض يستحقه الموصى له على مايزيد على مائتى الفدان • وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة •

(٢) فيقايض بدار مثلا على ارض زراعية ، او يقايض بقطعة ارض زراعية على قطعة أرض زراعية اكبر منها •

بالاهمال ،فالمشترى مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فاذا جهل ذلك كان هذا تقصيرا منه .

ويستوى فى بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتى فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائدا على النصاب الجائز تملكه ، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتى فدان ، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتى فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان ، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين . وفى الحالة الثانية يكون البيع باطلا فى الأربعين فدانا كلها ، لا فيما يجاوز مائتى فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، فهو يقول : « كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا » . ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة فى عشرين فدانا فى الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشترى (١) .

والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الاصلاح الزراعى او تاريخ العمل بكل من القانونين ١٢٧ لسنة ١٩٦١ و ٥٠ لسنة

---

(١) ويرى بعض الفقهاء انه اذا كان المشترى يملك قبل الشراء اقل من الحد الاقصى لملكيه الأطيان الزراعية سالفة البيان ، وتعاقد بالشراء بعد تاريخ العمل باحكام القوانين التى حددتها — على قدر من الاطيان الزراعية يرفع مجموع ما يملكه عن ذلك الحد الاقصى ، لحق البطلان العقد فيما يجاوز الحد الاقصى ، وصح العقد فيما دون ذلك وفقا للمادة ١٣٤ من القانون المدنى الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا ، فيبطل العقد كله (راجع كتاب عقد البيع للدكتور سليمان مرقس طبعة سنة ١٩٨٠ فقرة ١١٦ صفحة ١٩٢) .

وقارن حكم محكمة النقض الذى قضى بان عقد البيع العرفى الغير ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ يعتبر صحيحا بين طرفيه ولكن لايعتد به قبل الاصلاح الزراعى . فاذا احال المشترى حقوقه الشخصية المترتبة على العقد الى آخر وتبين له ان جهة الاصلاح الزراعى لم تعتد بالعقد لعدم ثبوت تاريخه ، فأن للمحال له ان يطلب الحكم على المحال عليه بفسخ عقد البيع الصادر منه للمحيل والزامه تبعا لذلك برد مادفع من الثمن بعد ان اصبح حقا له بموجب عقد الحوالة : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ص ٣٥٧ .

١٩٦٩ كل فيما جاوز الحد الاقصى لملكية الأراضى الزراعية المنصوص عليها فيه ، أو العقد غير الثابت التاريخ • أما العقود الثابتة التاريخ السابقه على ٩ من شهر سبتمبر سنه ١٩٥٢ أو على تاريخ العمل لكل من القانونين ١٢٧ لسنة ١٩٦١ و ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها ، اذ ليس لقانون الاصلاح الزراعى فى هذه المسألة آثر رجعى (١) • فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز الحد الاقصى المنصوص عليها فى تلك القوانين (٢) •

وقد قضت محكمة النقض بان حكم البطلان الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لا مجال لاعماله

---

(١) الاستاذ عثمان حسين عبد الله فى احكام الاصلاح الزراعى ص ١١ •

(٢) وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان العقود التى ابرمت ولم تسجل قبل سريان قانون الاصلاح الزراعى او القوانين المعدلة لمقدار الحد الاقصى لملكية الاطيان الزراعية ، تعتبر باطلة ولايجوز تسجيلها ايا كان تاريخها الثابت مادامت لم تسجل قبل سريان تلك القوانين تأسيسا على ان القوانين المتضمنه وضع حد اقصى لملكيه الاراضى الزراعية تعتبر متعلقة بالنظام العام ومن ثم تسرى من وقت العمل باحكامها على آثار العقود القائمة التى لم يتم تسجيلها (الاستاذ سليمان مرقس فى عقد البيع طبعة ١٩٨٠ فقرة ١١٦ ص ١٩٣ — الاستاذ اسماعيل غانم فى الملكية ص ٢٢ هامش ٢ — الاستاذ احمد سلامه فى القانون الزراعى ص ١٢٩) •

ولكن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الراى واخذت برأينا الوارد فى المتن فقضت بانه متى كان البيع الصادر قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ قد وقع صحيحا طبقا لاحكام القانون المدنى — وكان ثابت التاريخ — فانه يبقى صحيحا بعد صدور قانون الاصلاح الزراعى ويظل ملزما لعاقديه ولو كان من شأنه ان يجعل المتصرف اليه مالكا لاكثر من الحد المقرر ، وتخضع الزيادة فى هذه الحالة لاحكام الاستيلاء لدى المتصرف اليه ، ومن ثم فانه لايترتب على بلوغ ملكية المشترى الحد الاقصى للملكية المقرر فى قانون الاصلاح الزراعى وجوب رد هذه الاطيان الزائدة للبائعين (نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ١٢٨٩) . كما قضت بانه فيما يتعلق بعقد البيع غير الثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ فان للاصلاح الزراعى الاستيلاء على مايزيد عن القدر المسموح بتملكه قانونا من البائع نفسه • ومفاد هذا القضاء عدم جواز تسجيل هذا العقد غير الثابت التاريخ بعد العمل بالقانون الذى فرض الحد الاقصى للملكية (نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨) •

الا بالنسبة للعقود الناقلة للملكية والتى تبرم بعد ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ تاريخ العمل بهذا القانون ويترتب عليها زيادة ملكية المتصرف اليه من الأراضى الزراعية على مائة فدان ، أما التصرفات السابقة على هذا التاريخ فان حكم هذه الفقرة لاينسحب عليها وقد عالجها هذا القانون فى المادة الثالثة منه بحكم خاص راعى فيه عدم المساس بها متى انتفت عنها مظنة الصورية والتلاعب وهى لا تنتفى فى نظر القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ الا بثبوت تاريخ التصرف قبل العمل به وهذا كله بالنسبة الى تصرفات المالك الذى يخضع لأحكام القانون المذكور اى الذى تجاوز ملكيته مائة فدان ، أما من لا يخضع لتلك الاحكام ممن لا يملكون هذا القدر فلا شأن للقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ به ولا تأثير له على تصرفاته ولو لم يثبت تاريخها قبل العمل به . ومن ثم فاذا كان ما يملكه البائع وقت العمل بهذا القانون شاملا القدر الذى باعه للطاعن يقل عن مائة فدان فان عقد البيع عن ذلك القدر متى استكمل شرائط صحته وفقا للقانون المدنى يكون ملزما لعاقديه ولا يحول القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ دون تسجيله ولو كان غير ثابت التاريخ قبل العمل به حتى اذا كان من شأنه ان يجعل المشترى (الطاعن) مالكا لأكثر من مائة فدان لأن الزيادة تخضع لاحكام الاستيلاء المقررة فى القانون ويجرى الاستيلاء عليها لديه وليس فى اعتبار التصرف فى هذه الحالة صحيحا ونافذا ما يتعارض مع قاعدة تحديد الملكية الزراعية بما لا يجاوز مائة فدان مادام الاستيلاء سيقع فى النهاية على ما يزيد على هذا القدر لدى المتصرف اليه ، وللمتصرف اليه ان يحتفظ بالقدر المبيع ضمن المائة فدان التى يجوز له تملكها فلا تستولى جهة الاصلاح الزراعى على شىء من هذا القدر أو يترك بعضه للاستيلاء فيما يسلمه زائدا على المائة فدان التى احتفظ بها . ومتى كان صدور القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لا يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية الأرض المبيعة الى الطاعن لأن تسجيل العقد مازال ممكنا بعد صدور هذا القانون فان طلب الطاعن فسخ العقد تأسيسا على انه يعتبر باطلا طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون سالف الذكر ولا يجوز تسجيله وعلى قيام استحالة

قانونية تمنع من تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية ، هذا الطلب يكــون منعدم الاساس القانونى (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن عقد البيع — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمــادة ١٥٩ مــن القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحــد المتعــاقدين بســبب اجنبى ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانــا عليهــا قبــل العقد ، ويتحمل تبعة الاســتحالة بسبب اجنبى ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عــودة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه ، عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين . فاذا اثبت الحكم المطعــون فيــه ان التزام مورث الطاعنين بنقل ملكية العقار المبيع المطعون عليه قد صــار مستحيلا بسبب استيلاء الاصلاح الزراعى عليه تنفيذا لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض احكام قانون الاصلاح الزراعى ، فــانه يكون بذلك قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع الى ســبب اجنبى . واذ كان وقوع الاستحالة لهذا السبب الاجنبى لا يعفى البائع مورث الطاعنين من رد الثمن الذى قبضه من المطعون عليه ، بل ان هــذا الثمن واجب رده فى جميع الاحوال التى يفسخ فيها العقد أو ينفســخ بحكم القانون ، وذلك بالتطبيق لحكم المادة ١٦٠ من القانون المــدنى ، ويقع الغرم على مورث الطاعنين نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أصــاب صحيح القانون اذ قضى بالتزام الطاعنين برد الثمن الذى قبضه مورثهم من المطعون عليه ، ويكون غير منتج دفاع الطاعنين بعدم وقــوع خطــأ من مورثهم ، وباهمال المطعون عليه فى تسجيل العقد أو اثبات تاريخه(٢).

---

(١) نقض مدنى فى ٢ يولية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٦ ص ١٢٣٩ .

(٢) نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة احــكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨ .

٢٠١ ـ التملك بالشفعة : ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة ارضا زراعية من شأنها ان تجعل مجموع ما يملكه من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان (١) وهو لا يستطيع ان يجزىء الصفقة بحيث يقتصر على الاخذ بالشفعه فيما لا يجعله يجاوز مائتى الفدان ، لان تجزئه الصفقه غير جائزة فى الشفعة • والشفعة تنطوى على واقعه ماديه وتصرف قانونى ، وهذا التصرف القانونى — وهو ارادة الأخذ بالشفعة — سبب يتعلق بارادة المالك ، فشأنه شأن البيع فى عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢) •

٢٠١ مكررا ـ قانون الاصلاح الزراعى ونظريه الظروف الطارئة : استقر الفقه والقضاء على ان قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر حادثا عاما واستثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه متى توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء ومن ثم يطبق فى شأنه حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المدنى ورد الالتزام الى الحد المعقول •

وقد قضت محكمة النقض بان قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر — وعلى ما جرى قضاء هذه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان حكم الشفعة وان كان سببا مستقلا لكسب الملكية الا انه يأخذ حكم العقد ، اذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع الى الشفيع ، لان الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل ارادى من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع فى قانون الاصلاح الزراعى الى تحريمه اذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة اكثر من مائتى فدان : (نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض السنة ٨ رقم ٨٨ صفحة ٧٩٨) •

(٢) اما الصلح فله شأن آخر ، فهو كاشف عن الملكية لا منشىء لها . فاذا صالح شخص آخر ، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا ان اعطى للطرف الاخر دارا واخذ منه خمسين فدانا فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتى فدان ، فان اثر الصلح الكاشف يجعله مالكا للخمسين الفدان منذ البداية ثم تستولى الحكومة بعد ذلك على مايجاوز النصاب .

المحكمه — حادثا عاما واستثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه، ولا يغير من ذلك كونه تشريعيا ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بان يكون عملا أو واقعه مادية ، كما انه لا يغير من تطبيق هذه المادة ان البيع موضوع التداعى وقد اشترط فيه تقسيط الثمن بان لا تنطبق عليه احكامها ، اذ ان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التى يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسطا ، ذلك أن تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى عليها لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون ، لأن القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط أو الاقساط التى يثبت له ان أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارىء غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، اما باقى الاقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا بزوال آثر ذلك الحادث عند استحقاقها ، ويكون شأن الاقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة (١) .

٢٠٢ — **الحد من تجزئة الأراضى الزراعية** : تنص المادة ٢٣ من قانون الأصلاح الزراعى أنه « اذا وقع ما يؤدى الى تجزئة الأراضى الزراعية الى اقل من خمسه أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضه أو الميراث أو الوصية أو الهبة او غير ذلك من طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن ان يتفقوا على من تؤول اليه ملكية الأرض منهم . فاذا تعذر الاتفاق . رفع الأمر الى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيمن تؤول اليه الأرض . فاذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقى الأنصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد . وتفصل المحكمة فى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٦ .

الطب بغير رسوم »• وتنص المادة ٢٤ على أن « تفضل المحكمة الجزئية ، فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فان تساووا فى هذه الصفة اقترع بينهم • على أنه اذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فان تساووا فى هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فاذا تعدد الأولاد اقترع بينهم » (١) •

والمفروض أن شخصا يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، وباع جزءا منها أو قايض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك الا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشترى أو المقايض الآخر او الموهوب له لا يملك هو أيضا الا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلا عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلا بفدانين لشخص وترك الباقى لعدد من الورثة ، بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك الا أقل من خمسة أفدنة، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية الى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة •

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن مالا يملكه ، ويكون الاختيار باتفاق الجميع • فاذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر الى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة ، لتختار من بين الملاك من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما يأتى : « اذا كانت الملكيات الكبيرة جدا غير مرغوب فيها ، فكذلك الملكيات الصغيرة جدا : فهى تهبط بانتاج الارض ، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالانسان . ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و ٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفتيت الملكية درءا لازدياد حصوله فى المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الارض بالارث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغى ان تقل فى المستقبل عن خمسة افدنة ، فقد نص على انه اذا وقع ما يؤدى الى تجزئة الملكية الى أقل من هذا القدر ، وجبت أيلولة الارض الى واحد ممن لهم نصيب فيها ، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة ، فاذا لم يستطع أيهم الوفاء بثمنها بيعت بالمزاد العلنى » .

تؤول اليه الأرض ويكون قادرا على دفع ثمن ما لا يملك • فاذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأنصبة ، بيعت الأرض كلها بالمزاد لتكون فى يد واحدة ولا تتجزا ملكية الأرض الزراعية الى أقل من خمسة أفدنة، ويقسم الثمن الملاك كل بقدر حصته •

وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول اليه ملكيـــة الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون،تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم • واذا كان ســـبب التجزئـــة المـــيراث، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فان تســـاووا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فان تعـــدد الأولاد اقترعت بينهم •

وغنى عن البيان أن من يملك أرضا زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار • فاذا جـــد ســـبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب اعمال القواعد المتقدمة الذكر •

المبحث الثـــانى

الثمـــن

٢٠٣ ــ **الشروط الواجب توافرها فى الثمن** : يجب أن يتوافر فى الشروط الآتية :

أولا ــ أن يكون نقودا •

ثانيا ــ أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير •

ثالثا ــ أن يكون جديا •

المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقودا

٢٠٤ ـ تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدى : يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن يكون نقودا وهو الثمن ، فاذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة ٠

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى تنص صراحة على هذا الشرط فى البيع ، فكانت تقضى بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدر بالنقد » ٠ وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) ٠ وقد عرف البيع فعلا ، فى المادة ٤١٨ مدنى كما رأينا ، بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » (٢) ٠

ولا يغنى عن النقود شىء آخر فى الثمن (٣) ، حتى لو كان هذا الشىء الآخر من المثليات ، وحتى لو كان له سعر نقدى معروف فى البورصة أو فى الأسواق ، فتعيين الثمن غلالا أو أقطانا مسعرة فى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ ـ ص ٣١ ـ وانظر ما يلى فقرة ٢٠٦ فى الهامش ٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان بيع المنقول المحجوز عليه اداريا بالمزاد العلنى ينشىء للراسى عليه المزاد حقوق المشترى فى البيع الاختيارى ويلزمه بواجباته ، باعتبار ان جوهر البيع هو نقل ملكية شىء أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى ، غير انه يتم فى البيع الاختيارى بتوافق ارادتين ، ويقع فى البيع الجبرى بسلطة الدولة وبقرار منها دون توافر رضاء البائع : نقض مدنى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ١١٠ ص ٥٨٢ ٠

(٣) فلو أن شخصا نقل الى شخص آخر ملكية شىء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعا ، بل يكون عقدا غير مسمى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٥) ٠

البورصة لا يجعل العقد بيعا ، لأن الغلال وان سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع الى سعرها فى البورصة لاتزال غير نقود ، فالعقد يكون مقايضة (١) •بل تعيين الثمن أسهما أو سندات ، وهى عادة معروفة السعر فى البورصة ، أو تعيينه سبائك ذهبية ، لا يجعل العقد بيعا ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (٢) •

واذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود ، نظر الى العنصر الغالب • فان كان هو النقود ، كان العقد بيعا • وان كان هو البدل غير النقود ، كان العقد مقايضة • وعند الشك يكون العقد مزدوجا ، فهو بيع فى حدود الثمن النقدى ، ومقايضة فى حدود البدل غير النقدى • فاذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسمائة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشترى قومت بثلثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدى ، فالعقد بيع • واذا أعطى شخص دارا مقابل عشرين فدانا ومعها ثلثمائة ، كان العنصر الغالب هو البدل غير النقدى، فالعقد

---

(١) جيوار ١ فقرة ٩٢ — هيك ١٠ فقرة ٣٤ — بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ — بيدان ١١ فقرة ١١٢ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ — عكس ذلك : ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩ — ماركاديه م ١٥٩١ •

(٢) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ .

ولكن اذا حدد الثمن نقودا فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن اسهما أو اقطانا أو نحو ذلك بسعرها فى البورصة ، فيكون المشترى قد باع بالثمن الذى فى ذمته الاسهم أو الاقطان المشترطة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤) — كذلك يكون العقد بيعا اذا حدد الثمن نقودا ثم حول المشترى للبائع حقا له من النقود فى ذمة أجنبى ، أو استوفى المشترى حقا له فى ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذى فى ذمته (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤٧ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤) •

اما فى الفقه الاسلامى فالبيع أوسع نطاقا ، اذ أن له صورا أربعا : ١ — مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق ٢ — مبادلة عين بعين وهذه هى المقايضة ٣ — مبادلة دين بعين وهذا هو السلم ٤ — مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف .

دقايضة والثلثمائة معدل لها soulte أما اذا أعطى شخص دارا فى مقابل خمسة فدادين ومعها ألف ، فالعقد مزدوج ، بيع فى حدود الألف ومقايضة فى حدود خمسة الفدادين (١) .

٢٠٥ — يصح أن يكون الثمن ايرادا مؤبداً أو مدى الحياة : ويكفى أن يكون الثمن نقودا ، وليس من الضرورى أن يكون رأس مال . فقد يكون الثمن ايردا دائما أو ايرادا مرتبا مدى الحياة ، مادام هذا الايراد نقـــــودا (٢) .

فيصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقدارا معينا من النقود ، وأن يتفقا فى الوقت ذاته وفى نفس عقد البيع على تحويـــل هذا المقدار الى ايراد مؤبد rente perpétuelle أو الى ايراد مرتب للبائع مدى حياته rente viagére كما يصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن رأسا ايرادا مؤبدا أو ايرادا مرتبا مدى حياة البائع . ففى الحالتين لا يكون الايراد المؤبـــد أو الايراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلا ، وانما يكون ركنا فى عقد البيع هو الثمن (٣).

---

(١) انسيكلو بيدى دالloz ه لفظ rente فقرة ٤٤١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٩ الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٤ ص ١٠٨ — ص ١٠٩ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١ — الأستاذ منصـــور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ — الأستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٩ وانظر أيضا المادة ٤٨٣ مدنى — وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٤٨٥ مدنى ، وتشير المذكرة الى المادة ٤٨٣ مدنى وهى تجيز أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة ، ثم تقول : « على أنه يجب الا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، والا انقلبت المقايضة بيعا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) .

(٢) والصفة الاحتمالية ، فيما اذا كان الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياة، انما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن فى ذاته (دى باج ٤ فقرة ٣٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ ص ١٧٣) .

(٣) واذا كان الثمن ايرادا مؤبدا واريد استبداله . فان كـــان هنـــاك ثمن قدر فى عقد البيع وحول فى العقد نفسه الى ايراد مؤيد ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذى كان قد قدر أولا فى عقد البيع ، الا اذا =

وسنبحث الايراد المؤبد والايراد المرتب مدى الحياة فى مكان آخـــر ، ويكفى أن نشير هنا الى أن المادة ٧٤٣ مدنى تقضى بأن عقد البيع الذى يكون الثمن فيه ايرادا مرتبا مدى الحياة لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا . فالكتابة هنا ركن شكلى فى البيع .

ولا يعتبر ايرادا نقديا مرتبا مدى الحياة ، ومن ثم لا يصـــح أن يكون ثمنا ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه دارا مثلا فى مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له المسكن والطعام والكسوة وما الى ذلك من النفقة (bail à nourriture) ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقودا وان أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وانما هـــو التزام بعمل . بل ان العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كـــل مـــن المتقايضين يجب أن يكون التزاما بنقل ملكية أو حق عينى ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد اذن ليس بيعا ولا مقايضة ، وانما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقـــد الآخر فى مقابل عوض يأخذه منه (١) .

= اتفق على مبلغ اقل ، أما اذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأسا ايرادا مؤيدا ، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغا من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للايراد . وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدنى وتنص على ما يأتى : « ١ — اذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ اقل منه اذا اتفق على ذلـــك . ٢ — وفى الحالات الاخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدتـــه محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل » . وأنظر فى هذا المعنى بودرى وسيتيا فقرة ١٢٨ مكررة .

ويذهب بعض الفقهاء الى انه اذا كان الثمن رأســـا ايرادا مؤبدا أو ايرادا مؤقتا ، فانه يتمثل لا فى أقساط الايراد بل فى حق الايراد ذاته ، ومـــن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فقرة ١١٣ — الاستاذ ســـليمان مرقس فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأى لم يسد فى الفقه ولا فى القضاء ، ولم يأخـــذ به المشرع المصرى (أنظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدنى — وانظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ . الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠ . — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥) .

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ — جيوار ١ — فقرة ٦٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٣ — بودرى وسيتيا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ =

المطلب الثانى

يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير

٢٠٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — **يجب أن يقتصر** تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد » .

« ٢ — واذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشترى . فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بان تكون أسعاره هى السارية » .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتى :

« اذا لم يحدد المتعاقدين ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

= الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤ .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الاتى : « يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لانها مستفادة من تعريف البيع الوارد فى المادة ٤١٨ مدنى ، وادخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٤٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ — ص ٣١) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٣٢ — ص ٣٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٩١ — ٣٩٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤١٢ — ٤١٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى ٥٢٦ — ٥٢٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨٦ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٤٥٩ — ٤٦١ وفى التقنين المدنى الأردنى و ٤٧٨ — ٤٧٩ — ٤٨١ ٤٨٤ (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى : « هذان نصان لا نظير لهما فى التقنين الحالى وهما وان كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة ، يعالجان مسائل عمليـة يجدر أن تكون لها حلول تشريعية ، انظر التقنين الالمانى م ٤٥٣ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولونى م ٢٩٦ والتقنين البرازيلى م ١١٢٤ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٩١ — ٣٩٢ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ — ٤٢٤ من التقنين المدنى المصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٧ — فقرة ٧٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٢ — ٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٢٦ : ١ — الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة . ٢ — ويلزم ان يكون الثمن معلوما بأن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة .

م ٥٢٧ : ١ — فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد ، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الاسس التى يحدد الثمن بموجبها فيما بعد .

٢ — (هذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٥٢٨ (مطابقة للمادة ٤٢٤ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٥٢٩ : ١ — زيادة المشترى فى الثمن وتنزيل البائع من الثمن أو زيادته فى المبيع بعد العقد يصح ، وتلتحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد . ٢ — وما زاده المشترى فى الثمن يعتبر فى حق العاقدين لا فى حق الشفيع ، وما حطه البائع من الثمن يجعل الباقى بعد الحط مقابلا لكل المبيع حتى فى حق الشفيع ، وما زاده البائع فى المبيع يكون له حصة من الثمن . ٣ — وللبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض ، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشترى من جميع الثمن واخذ الشفيع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى . (وهذا النص لا نظير له فى التقنين المدنى المصرى ، وهو مأخوذ من الفقه الاسلامى ، ويتفق مع القواعد العامة) . =

٧٠٢ — تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون باتفاق بين المتبايعين : ولما كان الثمن هو أحد محلى البيع ، فيجب ، كما هو الأمر

= (ويلاحظ ان التقنين المدنى العراقى اخذ فى البيع بالمعنى الواسع الذى اخذ به الفقه الاسلامى ، فاصبحت المقايضة فيه نوعا من انواع البيع ، اما البيع بثمن نقدى فسماه البيع المطلق : م ٥٢٧ عراقى — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ — فقرة ١٣٣ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤ — فقرة ٢٩٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٨٦ : يجب ان يعين المتعاقدون ثمن المبيع . ويجوز ان يفوض تعيين الثمن الى شخص ثالث ، وفى هذه الحالة اذا امتنع او عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع . (ولا فرق فى هذه الاحكام بين التقنينين اللبنانى والمصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٥٩ : يجوز ان يقتصر ، فى تحديد الثمن ، على بيان اسس صالحه لتقديره كما يجوز ان يفوض تحديدة الى طرف ثالث، فاذا لم يحدده لاى سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل .

م ٤٦٠ : ١ — لايترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع ، اذا تبين من الاتفاق او الظروف قصد المتعاقدين ، التعامل بالسعر المتداول بينهما ، او بسعر السوق .

٢ — ويكون سعر السوق فى زمان البيع ومكانه هو المعتبر ، فاذا لم يكن فى مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذى يقضى العرف بأن تكون اسعاره سارية ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره .

م ٤٦١ : اذا تدر الثمن على اساس الوزن ، يكون الوزن الصافى هو المعتبر ، الا اذا اتفق الطرفان او جرى العرف على غير ذلك .

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع ماورد بالتقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٧٨ : اذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق فى زمان ومكان البيع وان لم يكن فى هذا المكان الذى يقضى العرف بأن تكون اسعاره ساريه .

م ٤٧٩ : يشترط ان يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ، ويكون معلوما :

١ — بمشاهدته والاشارة اليه ان كان حاضرا .

٢ — ببيان مقداره وجنسه ووصفه ان لم يكن حاضرا .

٣ — بأن يتفق المتبايعان على اسس صالحة ليحديد الثمن بصورة تنتفى معها الجهاله حين التنفيذ .

م ٤٨١ اذا حدد الثمن بنوع من النقود وكانت له افراد مختلفة انصرف الى اكثرها تداولا فى مكان البيع .

م ٤٨٢ : ١ — زيادة المشترى فى الثمن بعد العقد تلتحق بأصل العقد اذا قبلها البائع ويصبح الثمن المسمى مع الزيادة مقابلا للمبيع كله . ٢ — ماحطه البائع من الثمن المسمى بعد العقد يلحق باصل العقد اذا قبله المشترى ويصبح الباقى بعد ذلك هو الثمن المسمى .

م ٤٨٣ : الثمن فى البيع المطلق يستحق معجلا ما لم يتفقَ او يتعارف على ان يكون مؤجلا او مقسطا لاجل معلوم .

فى كل محل للالتزام ، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين • وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقا عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر • لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشتط فيغبن المشترى • ولا يستقل به المشترى ، لأنه قد يبخس الثمن فيغبن البائع (١) • فلا بد اذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقا عليه بين المتبايعين (٢) • ولا يكفى فى ذلك ان يبيع البائع الشىء بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذى يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين . والبيع على هذا النحو

= م ٤٨٤ : اذا كان الثمن مؤجلا او مقسطا فان الاجل يبدأ من تاريخ تسلم المبيع •

(يلاحظ ان التقنين الاردنى اخذ بما جرى عليه الفقه الاسلامى من معالجة احكام البيع بمعناه الواسع اى باعتبار المقايضة نوعا من انواع البيع • وفيما عدا ذلك فان الاحكام التى اوردها التقنين المدنى الاردنى لاتتعارض مع ماورد بالتقنين المصرى) •

(١) وهناك راى يذهب الى انه اذا ترك تحديد الثمن لاحد المتعاقدين بشرط ان يكون الثمن عادلا ، جاز أن يكون هذا ، تبعا للظروف ، تحديدا كافيا • فاذا حدد المتعاقد ثمنا غير عادل ، أو امتنع عن التحديد ، او ابطأ فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الامر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٨) • ولكن يؤخذ على هذا الراى أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس فى الواقع من الامر الا أن يكون الثمن عادلا ، ولا يكفى فى تحديد الثمن كما سنرى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بثمن عادل (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ — وقارب الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٧) •

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضا على البائع ، كما فى حالة التسعير الجبرى وفى حالة تسعير المرافق العامة كالمياه والغاز والنور وفى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة • وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقطاعى » سعرا معينا يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول فى هذه الحالة ان البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ولهذا ان يطالب البائع « بالقطاعى » ان يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٧٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٨٥ — بيدان ١١ فقرة ١١٥ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٧٠٨ — فقرة ٧٠٨) • وانظر فى ان السعر الاجبارى للعملة له تاثير فى فرض الثمن انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٦٧٤ — فقرة ٦٨٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ — فقرة ١٥١ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ •

يكون باطلا لعدم تقدير الثمن (١) • ولكن ليس من الضرورى أن تكون القيمة مقدرة فعلا باتفاق المتعاقدين ، بل يكفى أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما ، كأن يتفقا على أجنبى لتقدير الثمن (٢) وسيأتى بيان ذلك •

٢٠٨ — قابلية الثمن للتقدير • الاسس التى يقوم عليها التقدير :
وليس من الضرورى أن يكون الثمن مقدرا ، بل يكفى كما قدمنا أن يكون قابلا للتقدير ، مادامت الاسس التى يقوم عليها تقديره متفقا عليها بين المتبايعين (٣) •

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها الثمن ، ذكر منها المشرع اثنين فى المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى السالفتى الذكر ، ونضيف اليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الاسس الأربعة الاتيه :

---

(١) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٨ — بودرى وسينيا فقرة ١٣٢ ص ١٣٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص ٣٦ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٢ •

(٢) ولايكون بيعا العقد الذى جعل فيه الثمن هو المقدار الذى يعرضه اجنبى على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل pacte de préférence يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على اجنبى يعرض فى السلعة ثمنا يرتضيه صاحبها ، فيلتزم هذا الاخير بتفضيل الاول على الأجنبى فى بيع السلعة له بالثمن الذى يعرضه الأجنبى (بودرى وسينيا فقرة ١٣٣ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩) •

واشتراط تعديل الثمن تبعا لطارىء معين جائز ، ولكن اذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن فى تاريخ تال لم ينعقد البيع الا عند تحديد الثمن (دى باج ٤ فقرة ٣٧ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ — ١٧٨) •

(٣) بيدان ١١ فقرة ١١٥ — بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ٢٣٨٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ — جوسران ٢ فقرة ١٠٢٤ •
وقد قضت محكمة النقض بان الثمن وان كان يعتبر ركنا اساسيا فى عقود البيع الا انه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ من القانون المدنى ، لايشترط ان يكون الثمن معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى ان يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الاسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد : نقض مدنى فى ٢٨ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٦٤ ص ٣١٨ •

١ — أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى بـــه البائع المبيع •

٢ — أن يكون الأساس هو سعر السوق •

٣ — أن يكون الأساس هو السعر المتداول فى التجارة أو السـعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين •

٤ — أن يترك التقدير لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان •

٢٠٩ — أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع — المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة . قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذى يقوم عليه تقدير الثمن هو الذى اشترى به البـائع • فيشترى المشترى بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر او باقل (١) • وفى هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البـائع المبيع أمـرا جوهريا لابد مـن التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذى اشترى به المشترى المبيع من البائع • وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشـترى أن يثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الاثبات ومن بينها البينة والقرائن (٢) •

ولهذه الصور من البيع مكان خاص فى الفقه الاسلامى ، ويطلق عليها فيه « بياعات الأمانة » ، وتشتمل على صور أربع هى بيع المرابحة وبيع التولية وبيع الأشراك وبيع الوضيعة • وقد آخذها عن الفقـــه الاسلامى التقنين المدنى العراقى ، فنصت المادة ٥٣٠ من هـذا التقنين على أنه « ١ — يجوز البيع مرابحة أو تولية أو اشراكـا أو وضـيعة •

---

(١) او يجوز ان يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع اضافة ربح معين او متوسط الاثمان التى باع بها التاجر فى وقت معين ، أو على اساس التسعيرة الرسمية (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٧) •

(٢) ذلك انه يثبت واقعة مادية ، اذ شراء البائع للمبيع بثمن يعتبـر بالنسبة الى المشترى واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فضلا عـن أن البيان الصادر من البائع بثمن أعلى من الثمن الحقيقى ينطوى على غش والغش يثبت بجميع الطرق •

٢ — والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الاول دون زيادة أو نقص ، والاشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن . والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ — ويلزم فى هذه البيوع ان يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة » .

كما أخذ التقنين المدنى الكويتى بهذه البيوع الاربعة وهى بيوع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة مستمدا احكامها من الفقه الاسلامى فنص فى المادة ٤٦٢ على انه « ١ — يجوز البيع تولية أو اشراكا أو مرابحة أو وضيعة ، اذا كان الثمن الذى اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا . ٢ — فاذا ثبت ان الثمن الذى اشترى به البائع اقل مما ذكره ، كان للمشترى أن يتمسك بالثمن الحقيقى . ٣ — ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات احاطت بشرائه ، اذا كان من شأنها ان تؤثر فى رضاء المشترى » .

وكذلك اخذ التقنين المدنى الاردنى عن الفقه الاسلامى احكام بياعات الأمانة الاربع سالفة البيان فنص فى المادة ٤٨٠ على انه « ١ — يجوز البيع بطريق المرابحه أو الوضيعة أو التوليه اذا كان راس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا . ٢ — اذا ظهر ان البائع قد زاد فى بيان مقدار رأس المال وللمشترى حط الزياده . ٣ — واذا لم يكن راس مال المبيع معروفا عند التعاقد فللمشترى فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم لو كتم البائع أمرا اذا تأثير فى المبيع أو رأس المال . ويسقط خياره اذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه » .

وقد كتبنا عن هذه البياعات فى الفقه الاسلامى ما يأتى (١) :

« حدد الفقه الاسلامى منطقة حراما يفرض فيها على الناس الأمانة فى

---

(١) انظر مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٧ .

التعامل الى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانه وتدليسا . وهذه هى مانسمى ببيـاعات الأمـانة . فيفسح فيها الفقه الاسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل ، أو فى ضرب يقوم عليه من ضروبه ، أن يتوقى غش الناس اياه ، بأن يتبـايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريرا. وجملة القول فى بياعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم الى ضمير البائع ويطمئن الى أمانته ، يبتاع منه لسلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فأما أن يزيد قدرا معلوما مـن الربح يضاف الى الثمن الأصلى ، ويسمى البيع مرابحة . واما أن ينقصه قدرا معلوما يطرح من الثمن الأصلى ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضيعة ، واما الا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلى ويسمى البيع توليه اذا أخذ المشترى كل السلعة ، أو اشراكا اذا أخذ جزءا منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكتفى من البائع ببيـان مجمل عن الثمن ، بل يجيب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف . فيبين ان كان الثمن معجلا أو نسيئة ، مؤجلا أو مقسطا . ثم يبين ان كان قد دفع هذا الثمن نقدا أو بدين به على بائعه، وان كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر ان كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هى تعيبت ، وما اذا كان العيب حادثا بفعل منه أو بفعل الغير قضاء وقدرا . كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر فى رضاء المشترى بالصفقة ، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوبا بالغش والتدليس ».

وغنى عن البيان أن الأمر فى القانون المصرى يتوقف على نيـة المتبايعين ، فان قصدا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه مـن ملابسات على النحو المتقدم الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابسات ، ويترتب على ذلك أن البائع اذا كتم شيئا منها كان هذا تدليسا وجاز ابطال البيع (١) وان قصدا مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظـر الى

---

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدنى العراقى على انه =

هذه الملابسات ، وجب على المشترى قبول المبيع بحالته التى اشتراه بها وان يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . فان دفع للبائع ثمنا اكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بغش من البائع أو بدون غش منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذى ارتضاه (١).

= « يعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الامانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان ، كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضعية » .

(١) وهذا هو قول ابى يوسف فى المذهب الحنفى ، ويبدو انه اكثر الاقوال انطباقا على القواعد العامة فى القانون المصرى . وفى الفقه الاسلامى اقوال اخرى فى المذهب الحنفى وفى غيره من المذاهب تتبين من النصوص الآتية :

جاء فى الهداية (فتح القدير ٥ ص ٢٥٦) وهى من كتب الفقه الحنفى : « فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة ، فهو بالخيار عند ابى حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ، وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما . وقال محمد رحمه الله يخير فيهما . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما . والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة، فيتخير بفواته . ولابى يوسف رحمه الله أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما ، فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط ، غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من راس المال وفى المرابحة منه ومن الربح . ولابى حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط فى التوليه لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط ، وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير » .

وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) وهى من كتب الفقه المالكى : « لايجوز الكذب فى التعريف بالثمن . فان كذب ثم اطلع المشترى على الزيادة فى الثمن ، فالمشترى مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو برده ، الا أن يشاء البائع ان يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء » .

وجاء فى المهذب (جزء اول ص ٢٨٨ — ص ٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعى : « ومن اشترى سلعة جاز له بيعها براس المال وباقل منه وباكثر منه .. واذا ظهر أن راس المال مائة وباع على ربح درهم فى كل عشرة ، ثم قال اخطأت او قامت البينة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح .. واما الثمن الذى يأخذه به فقيه قولان : أحدهما انه مائة وعشرة ، لان المسمى فى العقد مائة وعشرة ، فاذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شىء كما لو باعه شيئا بثمن فوجد به عيبا .والثانى أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح ، لانه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الاول ، فاذا اخبر زيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . ويخالف العيب ، فان هناك الثمن هو =

ويجوز للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض اذا وقع من البائع غش او تقصير فى بيان الثمن الاول .

ويخلص مما قدمناه ان ما يسمى ببيع الامانة فى الفقه الاسلامى حكمه فى القانون المصرى هو ما يأتى : اذا كتم البائع عن المشترى بعض الملابسات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلا أنه اشترى بمائه معجلة وكان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، كان هذا غشا من البائع ، وجاز للمشترى ابطال البيع للتدليس ،واذالم يكتم البائع عن المشترى شيئا من هذه الملابسات الجوهرية ، ولكن أثبت المشترى ان الثمن الاول الذى ذكره البائع أعلى

= المسمى فى العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن راس المال تسعون والربح تسعة . فان قلنا ان الثمن مائه وعشره ، فهو بالخيار بين ان يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لانه دخل على ان يأخذ المبيع براس المال وهذا اكثر من راس المال فثبت له الخيار » .

وجاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ١٠٠ — ص ١٠٣) وهو من كتب الفقه الحنبلى : « السادس خيار يثبت فى التولية والشركة والمرابحة والمواضعة .. فان باعه السلعة مرابحة ، مثل ان يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشره ، ثم علم ببينة أو اقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لانه زياده فى الثمن فلم يمنع الصحه كالعيب . وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم فيبقى على المشترى تسعة وتسعون درهما . وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى وهو احد قول الشافعى . وقال أبو حنيفة يخير بين الاخذ بكل الثمن او يترك قياسا على العيب » .

ويخلص من هذه النصوص أن قول ابى يوسف فى الفقه الحنفى والقول الصحيح فى فقه الشافعى والمنصوص عليه فى الفقه الحنبلى ، هذه كلها تذهب الى أن المشترى يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما أرتضاه من الثمن ، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة فى الفقه الغربى كما قدمنا . وهناك اقوال اخرى فى المذاهب المختلفة ، ابرزها أن المشترى يكون بالخيار بين ان يستبقى المبيع بكل الثمن أو أن يفسخ البيع . واذا أخذنا بالقول الاول ، وكان البيع مرابحة ، كأن كان الثمن الاول مائة ويزيد عشرة مرابحة ، ثم يتبين أن الثمن الاول تسعون لا مائة ، وجب حط العشرة من راس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . واذا كان البيع تولية أو اشراكا حططنا العشرة من رأس المال . واذا كان البيع وضيعة ، كأن كان الثمن الاول مائة وينقص عشرة مضيعة ، ثم تبين أن الثمن الاول تسعون ، فما دام قد اشترى المائة بتسعين ، ثم ظهر أن الذى اشتراه هو تسعون فقط ، فانه يشترى التسعين بواحد وثمانون .

انظر فى بياعات الامانة مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ — ص ١٧٤ ومراجع الفقه الاسلامى المذكورة فيه .

من الحقيقة ، كان البيع صحيحا ، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح ان كان البيع مرابحه ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط ان كان البيع تولية أو اشراكا ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض ان كان البيع وضيعة • وهذا المقدار الزائد ربما يتبعه يسترده المشترى من البائع ان كان قد دفعه ، ولا يلتزم بدفعه له ان لم يدفعه • وللمشترى فى جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع اذا أثبت فى جانبه غشا أو تقصيرا (١) •

٢١٠ — أساس التقدير سعر السوق : وقد يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق • فهنا الثمن غير مقدر ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع الى سعر السوق (٢) • فان كان المتبايعان قد أتفقا على سوق فى مكان معين وفى زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر • أما اذا اقتصرا على ذكر سعر السوق دون ان يبينا اية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدنى ، كما رأينا ، أنهما قصدا « سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى » (٣) • فاذا باع شخص غلالا بسعر السوق ، وكان التسليم فى شهر أكتوبر ، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقا لسعر الغلال فى بورصة الاسكندرية فى شهر أكتوبر • فاذا كان التسليم فى كفر الزيات ، كانت السوق هى سوق كفر

---

(١) قارن الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ — فقرة ١٣٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يعتبر البيع على الوجه او بالكونتراتات صحيحا لانه لايختلف من البيع العادى الا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق او للبورصة على الاسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى الى تعيينه بلا نزاع : نقض مدنى فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض السنة ٨ ص ٦٤٣ •

(٣) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه ، فان لم يوجد اتفاق فالمكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع اذا كان المبيع عينا معينة بالذات ، والا فموطن البائع أو مركز اعماله وقت وجوب التسليم (م ٣٤٧ مدنى) • وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فان لم يوجد اتفاق وجب التسليم فورا بمجرد انعقاد البيع (م ١/٣٤٦ مدنى) •

واذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، كان مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع الى المشترى (م ٤٣٦) •

الزيات ، اذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (١) • واذا كان التسليم فى قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة ، وجب الرجوع الى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، وقد يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية • وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدنى ، كما رأينا اذ تقول : « واذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى • فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية » • وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدنى الألمانى (م ٤٥٣) وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٩٦) ، ويتضمن حكما معقولا يتفق مع القواعد العامة (٢) •

٢١١ — أساس التقدير السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين : وقد لا يحدد المتبايعان ثمنا للمبيع ، وسنرى أنهما اذا لم يحددا الثمن أصلا كان البيع باطلا لانعدام ركن من أركانه • ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوى تبعا للظروف والملابسات التى أحاطت التعاقد ، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن الى السعر المتداول فى التجارة • فهنا أيضا يكون الثمن قابلا للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه • ويرجع فى تقديره الى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية فى مكان تسليم المبيع أو غيره من الأمكنة • والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع فى ذاته ، بل بسعره المتداول فى الأسواق ، سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع

---

(١) الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥ (واذا تعددت أسعار اليوم فى البورصة ، فالسعر المتوسط) •

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ — ص ٣٣ • وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسرى •

الحقيقية (١) . واذا لم يتبين للقاضى فى وضوح السعر المتداول فى الأسواق ، كان له أن يلجأ فى تبينه الى خبير من التجار .

وقد يظهر من الظروف والملابسات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقا ضمنيا على أن يكون الثمن هو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ، فيرجع الى هذا السعر فى تحديد الثمن . فاذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ، فاستمرار الأول فى توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمنا على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذى جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدنى ، كما رأينا ، اذ تقول : « اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما » (٢) .

---

(١) ويعرف الفقه الاسلامى بيع الاسترسال ، وفيه يستأمن المشترى — ويكون عادة لا دراية له بالاسواق او بالسلعة التى يشتريها — البائع فيشترى منه السلعة بما تبيع به الناس ، اى بالسعر المتداول فى التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع فى الفقه الاسلامى ما يأتى : « والى جانب بياعات الامانة — وفى نفس المنطقة التى تسود فيها نزاهة التعامل — يعرف الفقه المالكى والفقه الحنبلى بيعا آخر هو بيع المسترسل او المستأمن . وفيه يكشف العاقد عن خبيئة نفسه ، ويبين انه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وانه يستأمن المتعامل معه ويستنصحه ويسترسل الى نصحه ، ويطلب اليه ان يبيع منه او يشترى بما تبيع به الناس او تشترى . فالاساس هنا ليس هو الثمن الاصلى كما فى بياعات الامانة ، بل هو سعر السوق . فاذا لم يصدقه المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه فى ذلك وغبنه ، فان هذا الكذب وحده يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد خيار الرد » (مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٢ ص ١٧٥ — وانظر الحطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ — والشرح الكبير للدردير هامش الدسوقى جزء ٣ ص ١٤١ ص ١٤٢ — والشرح الكبير على متن المقنع جزء ٤ ص ٧٩) .

(٢) وهذا النص هو الحل الذى أورده تقنين الالتزامات البولونى فى المادة ٢٩٨ منه ، وهو حل يتفق مع القواعد العامة (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣) .

٢١٢ — ترك التقدير لأجنبى يتفق عليه المتبايعان : وقد يترك المتبايمان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه عند البيع (١) ، فيصح ذلك ، لأن الثمن هنا وان لم يقدره المتبايعان الا أنهما جعلاه قابلا للتقدير . وما يقدره الأجنبى ثمنا المبيع ملزم لكل من البائع والمشترى ويكون هو الثمن ، لأن الأجنبى مفوض من المتبايعين فى تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما فى ذلك ويسرى تقديره فى حقهما (٢) . والبيع يعتبر قد تم ، لا من

= وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة فى سوق القطن ان يباع القطن او البذرة بسعر يحدده البائع فيما يعد فى ميعاد يعلن به المشترى ، فيقطع السعر يوم الاعلان بحسب أسعار الكونتراتات أو بحسب السعر الجارى المحلى ، ويخصم من الثمن الذى يحدد على هذا النحو ماعسى ان يكون المشترى قد عجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١) وقضت أيضا بأنه اذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة فى اليوم الذى يعينه المشترى ، ثم اقفلت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذرا تحديد الثمن فاذا لم يتفق المتبايعان على طريقة اخرى لتحديد الثمن لم يجز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد ولو بطريق قريب من سعر البورصة ، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧) . وقضت بأن حق البائع فى تحديد الثمن بعد الميعاد الاخير لتسليم آخر دفعة من القطن لايجوز استعماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشترى (٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧) — وانظر أيضا فى تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة فى يوم يحدده البائع أو المشترى : استئناف مصر ٧ أبرايل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٦ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٩ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٣٦ ص ٦٢ — ٢٧ ابريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٩ (بذرة القطن) — ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٥ .

(١) ويصح ان يتفق المتبايعان على اكثر من واحد يفوضان لهم أن يحددوا الثمن باتفاقهم جميعا أو بأغلبيتهم (بودرى وسينيا فقرة ١٣٤) .

(٢) كما يسرى تصرف الوكيل فى حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن ، وذلك كله طبقا لاحكام الوكالة . فالثمن الذى يقدره المفوض ملزما للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشترى بأنه مبالغ فيه . ولكن يجوز الطعن فى التقدير اذا وقع تدليس على المفوض من احد المتبايعين او من الغير . ونرى من ذلك أن الاجنبى الذى يكل اليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيرا expert لان راى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكما arbitre لان الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكلا تقدير الثمن لاجنبى . وانما الاجنبى وكيل عن المتبايعين معا ، مفوض منهما فى تقدير الثمن ، فلاى منهما ان يحتج =

من تقدير المفوض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففى هذا الوقت كان البيع مستكملا لجميع عناصره ومنها الثمن اذا كان قابلا للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فاذا تحقق الشرط

= بما يقع فيه الوكيل من غلط او تدليس او اكراه (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ — فقرة ٣٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٨٠) . واذا عين المفوض باتفاق المتبايعين ، لم يجز لاحدهم ان يستقل بعزله ، بل لابد فى عزله من اتفاقهما معا كما هو الامر فى تعيينه . فاذا اتفقا على عزله قبل ان يقدر الثمن ، لم يعد يجوز له ان يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاما الا من وقت اتفاقهما على الثمن ، او من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع فى هذه الحالة موقوفا على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الاستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ — ص ١٣١) على أن يكون المفوض وكيلا بما يأتى : ١ — لايجوز أن يكون شخص واحد نائبا عن طرفى العقد . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز باجازة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو اقوى من الاجازة اللاحقة فالمتبايعان اقرا معا أن يقوم المفوض بتقدير الثمن . ٢ — الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لايجوز أن يستقل أحد معا لايجوز عزله الا باتفاقهما كما سبق القول . ٣ — تحديد الثمن عمل مادى ، والوكيل لا يقوم الا بتصرف قانونى . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهرى فيه ، فهو تصرف قانونى لا عمل مادى .

انظر فى الفقه المصرى : الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١١٤ هامش رقم ١ (ويذهبان الى أن تعيين الاجنبى تفويض فى تحديد الثمن ونيابة فى قبوله) — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٧ — ١١٨ — وقارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٧ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٠ (ويذهب الى أن تحديد الثمن عمل مادى . ثم يقول ان المفروض فى الوكالة ان يكون الوكيل منفذا لارادة الموكل ، اما هنا فالمفوض يفرض ارادته على موكله . ويرد على ذلك بأن النائب يجرى التصرف بارادته هو لا بارادة الاصيل وتنفذ هذه الارادة فى حق الموكل لانه ارتضى ذلك مقدما) — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٨ (ويذهب الى أن تحديد الثمن عمل مادى ، ومن ثم يقول أن التفويض عقد غير مسمى) .

(١) لوران ٢٤ فقرة ٧٤ — فقرة ٧٦ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٧ — جيوار ١ فقرة ١٠٥ — بودرى وسينيا فقرة ١٣٥ — بيدان ١١ فقرة ١١٧ — استاذ أنور سلطان فقرة ١٤٧ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى =

بأن قدر المفوض الثمن (١) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنتقل الملكية فى المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفى العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٢) . واذا لم يقم المفوض بتقدير الثمن لأى سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأى سبب آخر ، فان الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٣) . ولا يستطيع القاضى اجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصا مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه (٤) . ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول ، فاذا

= فقرة ١٤١ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ — قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ ص ٣٩ .

(١) ويقدر المفوض الثمن وفقا للسعر الجارى وقت البيع لا وقت التقدير .

(٢) وهذا مايجدر بالمشترى أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد الى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر الى التسجيل حتى يمتنع على البائع التصرف فى المبيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان فى يد المشترى فهو على البائع ، لان الشرط ليس له اثر رجعى بالنسبة الى تحمل تبعة الهلاك (بودرى وسينيا فقرة ١٣٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٣٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٢٠٦ فى الهامش) .

(٤) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكما بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعا لتقدير الثمن ، فامتنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع (بودرى وسينيا فقرة ١٣٧ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩) . ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحا عند اختلاف المفوضين فى تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن ابداء رأيه فان المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٠ هامش ١) . والقاضى لايستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو عهد اليه المتبايعان فى ذلك وجعلاه هو المفوض لان القاضى ليست مهمته أن يكمل العقود التى لم تتم ، بل أن يحسم الخلاف فى عقود تمت (لوران ٢٤ فقرة ٧٥ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر — عكس ذلك : بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ ص ص ٣٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥) .

ما قدر المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع الى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجعلا تقدير الثمن لمفوض يعينانه فى المستقبل ، فما داما لم يعينا هذا المفوض فان الثمن لا يكون قابلا للتقدير ، ومن ثم لا يتم البيع . فاذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقا على شرط واقف هو تقديره للثمن (١) . واذا امتنع ، فى الحالة التى نحن بصددها ، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض ، كان هذا اخلالا بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض ، وكان مسئولا عن التعويض وفقا للمبادىء العامة ، ولكن البيع لا يتم مادام المفوض لم يعين (٢) .

هذه هى القواعد العامة فى ترك تعيين محل العقد لمفوض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص اقتبس من المواد ٣١٥ و ٣٢٧ و ٣١٩ من التقنين المدنى الألمانى ، ويخرج فى بعض المسائل على هذه القواعد . فكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « كان اذا ترك تعيين الشىء لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائما على أساس عادل .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٣٨ ص ١٣٦ — وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبى يقوم هذا الأجنبى بتعيينه ، فالبيع لايتم فى هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبى الذى وكل اليه تعيين المفوض ، بل يجب أن يعين الأجنبى المفوض فعلا حتى يتم البيع موقوفا على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ مكررة أولا) . ويكون تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجارى وقت تعيين المفوض بواسطة اجنبى وفى حالة تعيين المتبايعين للمفوض فى اتفاق لا حق .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩ ص ٤٠ — بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ٢٣٨٣ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١١٩ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٣ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٦ — بل ولايجوز الالتجاء الى التهديد المالى : انسيكلوبيدى داللوز ٥ vente فقرة ٧٦٠ .

وهناك راى يذهب الى أن التعويض فى هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدى ، بل عن خطأ تقصيرى (بودرى وسينيا فقرة ١٣٨) .

فاذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء • ٢ — ومع ذلك اذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فان هذا العقد يصبح باطلا اذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل» •وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة في جواز أن يحل القاضي محل الأجنبي اذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تقضي الفترة الأولى من النص ، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلا (٣) كما تقضي الفقرة الثانية ، فان هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التي سبق بيانها •

٢١٣ — ترك المتبايعين الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير : أما اذا ترك المتبايعان الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير ، فان البيع لا يتم ،

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ في الهامش•

(٢) أنظر الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول ص ٥٢١ هامش رقم ١ •

(٣) وكان دوما (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتييه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسي القديم يذهبان الى وجوب أن يكون الثمن الذي يعينه المفوض ثمنا عادلا . ولكن هذا الراي لايمكن الاخذ به دون نص خاص يماثل النص الذي ورد في التقنين المدني الالماني فيما قدمناه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤ — الاستاذان احمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١١٧ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ — الاستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٤٢ — وقارن أوبري ورو : فقرة ٣٤٩ ص ١٦ — ص ١٧) •

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المفوض للثمن ، كأن يضعا حدا أدنى وحدا أعلى ، فلا يجوز للمفوض في هذه الحالة أن يجاوز في تقديره الحد الاعلى ولا أن ينزل عن الحد الادنى ، والا كان تقديره باطلا واعتبر البيع كأن لم يكن (بودري وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانيا — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨) . ولو أدخل المفوض ، دون تفويض خاص في ذلك ، احتمال ارتفاع الاسعار في المستقبل في حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جاوز مهمته (بودري وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانيا — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٤٩ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ — الاستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٠٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧) •

اذ ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما اذا لم يتفق المتعاقدان ، لا صراحة ولا ضمنا ، على تحديد الثمن أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فان البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تبايعا دون ثمن ، أى قصدا ايقاع البيع دون ثمن . فالعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعا ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصدا بايقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما اذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلا للتقدير وكان الثمن تافها ، أو عينا ثمنا مناسبا وذكر البائع أنه وهبه للمشترى ، فسنرى أن العقد يكون أيضا هبة مكشوفة لابد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

واذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صوريا ، فسنرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية .

المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جديا

٢١٤ — التمييز بين الثمن غير الجدى والثمن البخس : يجب أن يكون الثمن جديا sérieux ، ولا يكون جديا اذا كان تافها dérisoire أو كان صوريا vente . ولكن ليس من الضرورى ليكون الثمن جديا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣ .

ألا يكون ثمنا بخسا (vil) ، فقد يكون بخسا يدخله الغبن الفاحش ، ومع ذلك يكون جديا • وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بخسا ، وقد رضى بالثمن البخس مضطرا لحاجة ملحة ، أو جاهلا لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب • فيصح البيع ، وان جاز الطعن فيه بالغبن فى حالة استثنائية (١) سيأتى بيانها •

فنستعرض مسألتين :

١ ـ الثمن الجدى •

٢ ـ الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش •

الثمن الجدى

٢١٥ ـ **الثمن الصورى** : لا يكون الثمن جديا اذا كان ثمنا صوريا لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشترى ، بل ذكر مبلغا من النقود ليكون ثمنا حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى • ومتى يثبت أن الثمن صورى فان العقد لا يكون بيعا (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة

---

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالغلط أو التدليس أو الاكراه ، بحسب السبب الذى دفع البائع الى قبول هذا الثمن البخس •

(٢) استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ان الطاعن تمسك امام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من والدته الى باقى اولادها صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها ان العقد تضمن ان نصيب الذكر ضعف نصيب الانثى ـ وهو مايطابق احكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ـ وان المتصرف اليهم لايستطيعون اداء الثمن وان العقد لم يظهر الى حيز الوجود الا بعد وفاة المتصرفة ، كما طلب احالة الدعوى الى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينه على اساس ان رابطة الامومة التى تربط المتصرفة باولادها المتصرف اليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعا ادبيا من الحصول على دليل كتابى ، وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه ، فانه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه : نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٩ ص ٤٦ •

فى صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة الى ورقة رسمية (١) ، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى عقد الهبة . وقد سبق بحث اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير (٢) .

= كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان البين من الاطلاع على العقد موضوع الدعوى ان الطاعن باع القدر المبين فيه متعاقدا مع نفسه بصفته وليا شرعيا انداك على أولاده المطعون عليهم ، وان دور والدتهم اقتصر على مجرد الاشارة الى دفعها الثمن تبرعا منها للقصر المشترين وانها تتعهد بعدم مطالبتهم أو الرجوع عليهم مستقبلا ، وكانت الدعوى الماثله قد اقيمت من الطاعن بطلب بطلان التصرف الحاصل منه الى اولاده لصوريته المطلقه ، استنادا الى اقرار صادر من الوالده بان ثمنا لم يدفع منها فى واقع الامر ، فان ماخلص اليه الحكم من ان هذه الاخيرة ليست من بين اطراف العقد ، وانه لاعلاقة لها باحداث الاثر القانونى المراد من التصرف ، وان الاقرار لايتضمن الا نفيا لواقعة سداد الثمن منها دون ان يعرض للتصرف فى حد ذاته ورتب على ذلك افتقاد امكان اثبات صورية العقد صورية مطلقة بغير الكتابة فان هذا الذى خلص اليه الحكم تحصيل سائغ تحتمله مستندات الدعوى وله مأخذه : نقض مدنى فى ١٤ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ١٤٤ ص ٧٨٦ .

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ .

✓ وقد قضت محكمة النقض بأن قضاءها استقر فى ظل القانون المدنى القديم على انه اذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع الا بصفة صورية ، فان العقد يصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وانه لا يتعارض مع تنجيز التصرف ان يظل البائع واضعا اليد على ما باعه او ان يحتفظ لنفسه مدى الحياة بحق الانتفاع (طالما ان التصرف انعقد فى ظل القانون المدنى القديم) نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٨٠ ص ١١٤٢ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان التصرف منجزا فانه لا يتعارض مع تنجيزه — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — عدم استطاعة المتصرف اليه دفع الثمن المبين بالعقد ، لان التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء اكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى ، نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص ٢٧١ ونقض مدنى فى ٣١ مارس سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ٨٥ ص ٥٣١ — ونقض مدنى فى ٦ فبراير سنة ١٩٧٣ المجموعة السابقة السنة ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٥١ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ — فقرة ٦٣٠ — ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشترى عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح ، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد اخذ الامر على محمل الجد ، وان الثمن المذكور فى العقد ليس الا ثمنا صوريا والعقد ليس الا تبرعا (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ — جيوار ١ فقرة ٩٥ — بلانيول وريبير =

ومما يقطع فى صورية الثمن أن يبرىء البائع فى عقد البيع نفسه المشترى من الثمن المذكور فى العقد ، أو أن يهبه اياه ، فان هذا معناه أن البائع ليس فى نيته أن يتقاضى الثمن ، وانما يريد أن يسبغ على العقد صورة البيع . وفى هذه الحالة لا يكون العقد بيعا ، واذا اعتبر هبة فانه يكون هبة مكشوفة لا مستترة ، فيجب لانعقادها أن تكتب فى ورقة رسمية فى الأحوال التى تشترط فيها الرسمية فى الهبة (١) .

لكن اذا تم عقد البيع بذكر ثمن جدى فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشترى من الثمن أو وهبه اياه ، فان البيع يبقى صحيحا فقد سبق أن انعقد بثمن جدى ، وابراء البائع المشترى من الثمن أو هبته له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢) .

= وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٦) . على أنه لايجوز ان يستفاد دائما من مجرد اعسار المشترى وعلم البائع بهذا الاعسار ان الثمن صورى ليس فى نية البائع تقاضيه ، فقد يؤمل البائع أن المشترى سيلقى بعد عسر يسرا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥) — إما العكس فغير صحيح ، فقد يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك الشراء الحاصل منه صوريا ، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد . فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) .

(١) ولا يقال ان البيع يكون باطلا ويتحول الى هبة صحيحة ، بل العقد هبة مكشوفة راسا (الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بانه اذا ذكر الثمن فى عقد البيع مع ابراء المشترى منه او هبته اياه ، فان العقد فى هذه الحالة لا يصح ان يكون ساترا لهبة ، لان القانون وان جاز ان يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر ، الا انه يشترط ان يكون هذا العقد مستوفيا الاركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ٤٠٠) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٥٩ الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١٠٥ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ — ويترتب على ذلك انه يجوز الاخذ بالشفعة فى هذا البيع ، ويأخذ الشفيع العقار بالثمن المسمى الذى أبرىء منه المشترى او وهب اياه ، ولو اعتبر العقد هبة لما جاز الاخذ بالشفعة . وفى التقنين المدنى العراقى نص =

واستخلاص توافر ركن الثمن والوفاء به يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى كان استخلاصها فى هذا المقام سائغا (١) .

٢١٦ – الثمن التافه : ويلحق بالثمن الصورى الثمن التافه ، وكما لا يتم البيع بثمن صورى كذلك لا يتم بثمن تافه (٢) . والثمن التافه هو

= صريح فى هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٩ من هذا التقنين على ما يأتى : « وللبائع ان يحط جميع الثمن قبل القبض ، ولكن لايلحق هذا الحط بأصل العقد . فلو ابرا البائع المشترى من جميع الثمن واخذ الشفيع المبيع ، وجب ان يأخذه بالثمن المسمى » (انظر انفا فقرة ٢٠٦ فى الهامش) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت انها ليست فى حاجة اليه ، فاذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقد بيع حقيقى استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن ، آخذا بأقوال الشهود الذين سمعوا فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، وهو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقرير أقوال الشهود ، فانها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة الى التحقيق لاثبات صورية الثمن ، لما تبينته من عدم الحاجة اليه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التى تمت فيها ، وهو حقها الذى لا معقب عليها فيه : نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٤٧ ص ٢٩٨ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن تقدير الدليل والاطمئنان الى اقوال الشهود هو من اطلاقات محكمة الموضوع ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد اطمأن الى اقوال شهود الاثبات ، ورجحها على اقوال شهود النفى ، واستخلص منها استخلاصا سائغا النتيجة التى انتهى اليها من أن العقد موضوع النزاع لم يقصد به البيع ، ولم يدفع فيه ثمن ، فان النعى بهذا السبب لايعدو ان يكون جدلا موضوعيا ، مما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض : نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٧٢ مجوعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٥٥ ص ٣٤٩ .

كما قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود الطرفين ومن المستندات التى كانت بين يديه أن ثمن الاطيان موضوع عقد البيع هو مبلغ ..... وان المطعون ضده أوفى بهذا الثمن كاملا ورتب على ذلك توافر ركن الثمن فى عقد البيع ، وانتهى الى صحته ونفاذه ، وكان استخلاصه فى هذا المقام سائغا فان ماتثيره الطاعنة لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا ، يخرج عن رقابة محكمة النقض : نقض مدنى فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ١٢٨٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع (الثمن) متكافئا مع قيمة المبيع بل كل مايشترط فيه أن لايكون تافها ، فالثمن =

مبلغ من النقود يصل من التفاهة فى عدم تناسبه مع قيمة المبيع الى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه ، وان كان قد حصل عليه فعلا (١) . فاذا باع شخص دارا قيمتها الف بعشرين مثلا ، كان الثمن تافها ، فلا يتم البيع . واذا اعتبر العقد فى هذه الحالة هبة ، فان الهبة تكون مكشوفة لا مستترة ، وتجب فيها الرسمية فى الاحوال التى يشترط فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن التافه ، فيكون كالثمن الصورى لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عينا بثمن هو ايراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب اقل من ريع العين . فاذا باع شخص دارا ريعها مائة بايراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضح أن المشترى لا يدفع شيئا من ماله فى مقابل الدار ، اذ هو يقبض ريعها ويعطى البائع منه الايراد المرتب . وفى هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعا (٣) ، والهبة مكشوفة لا مستترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية فى الأحوال التى يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع باع الدار بايراد يعادل الريع الحالى

= البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع : نقض مدنى فى اول فبراير سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٤ — ١٤٦ — ٥٩ .

(١) محكمة مصر ١٨ ابريل سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ١٨٧ — وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصورى . فالثمن التافه مقدار قليل جدا من النقود لا يتناسب اصلا مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلا . أما الثمن الصورى فيكون عادة مقدارا من النقود مناسبا لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٣٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٧ هامش ٣ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ ص ٢١٤ — انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مستترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٧٢ — قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥ .

(٤) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الايراد المقرر فى العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع ، وان هذا يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع ، فان الحكم قد اقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لافراغها فى قالب بيع (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالى غير مستقر ، وأنه عرضة للنقصان اما لأسباب طبيعية واما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه ايرادا ثابتا وان كان لا يزيد على الريع الحالى للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمنا جديا لا تافها ، وان كان ثمنا بخسا ، وصح البيع (١) .

٢ — الثمن البخس

(دعوى الغبن الفاحش)

٢١٧ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى اربعة أخماس ثمن المثل » .

« ٢ — ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتى :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ،

---

(١) انظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٧ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٦ — وقارن ماركاديه م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودرى وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٧ — الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ويجوز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش اذا توافرت شروطها ، كما سنرى .

اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليــوم الذى يموت فيــه صــاحب العقار المبيع » •

تنص المادة ٤٢٧ على ما يأتى :

« لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى (١) » •

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المـــــــادتين ٣٣٦ — ٣٣٧ / ٤١٩ / ٤١٩ — ٤٢٠ (٢) •

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص فى المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى عــلى وجــه يقارب ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة عدل تعديلا طفيفا فصار مطابقا ، الا فى عبارة واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعيــة فى مجلس النواب ، اذ كان نص المشروع كما يأتى : « فليس للبائــع الا ان يطلب تكملة الثمن » فاستبدلت بهذه العبارة عبارة « فللبائــع ان يطلب تكملة الثمن » لأن العبارة الاولى توهم أن البائع ناقص الاهلية لايملك فى حالة الغبن الا دعوى تكملة الثمن ، والواقع انه يملك أيضا دعوى ابطال العقد لنقص الاهلية وقد يرى المصلحة فى احدى الدعويين دون الاخرى . وصار رقم النص ٤٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥ — ص ٣٧) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدى عــلى وجه يقارب ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة عدل تعديلا طفيفا فصار مطابقا ، واصبح رقمه ٤٣٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليــه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧ — ص ٣٨) •

م ٤٢٧ : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على انه لا يتم الا بطريق المزاد العلنى » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويرا يجعل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمــه ٤٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ وص ٤١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤١٩/٣٣٦ : الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لايترتب عليه حق الا للبائع فى طلب تكملة الثمن ، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط .

م ٤٢٠/٣٣٧ : يسقط حق اقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين .ولايترتب على ذلك الحق اخلال بحقوق أصحاب =

وتقابل فى التقنينـــات المدنية العربيه الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٣٩٣ — ٣٩٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤١٤ — ٤١٦ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٢٤ ، وفى تقنين الموجبـــات والعقود اللبنانى المادتين ٢١٣ — ٢١٤ ، وفى التقنين المدنى الكويتى ١٦٣ — ١٦٦ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المواد ١٤٥ — ١٥٠ (١) .

= الرهون العقارية .

والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينتهمـا المذكرة الايضـاحية فيمـا يـأتى :

١ — التقنين السابق لم يذكر الا القاصر ، وجرى القضاء المصرى على ان ذلك يشمل غير القاصر أيضا من غير كامل الاهلية كالمحجوز عليه ، فسـجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية (استئناف مختلط ١٠ ابريل سنه ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠) .

٢ — نص التقنين الجديد على الطريقة التى يقدر بها الغبن ، فذكر أنه يجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار حسب قيمتـه وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى ، فقننه التقنين الجديد ناقلا فى ذلك عن المشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٩٥) .

٣ — جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلا من سنتين ، حتى يتسق التشريع فى دعاوى الابطال مع دعوى تكملة الثمن للغبن (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة الى الزمان فيما يلى فقرة ٢٢٣) .

٤ — نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى ، كالبيع جبرا للتنفيذ على مال المدين وكبيع عقار القاصر فى المزاد العلنى ، لان المفروض فى هذه البيوع أن كل الاجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت ، فاذا رسا المزاد رغم ذلك بثمن فيه غبن ، فليس فى الامر حيلة . وفى هذا ايضا تقنين لمـا جرى عليــه القضـــاء فى مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ — ص ٤٠ .

وتمكن اضافة فرق خامس الى هذه الفروق الاربعة ، هو الخاص بحماية الغير حسن النية ، فقد عمم التقنين الجديد اذ شمل بالحماية كل من كسب حقا عينيا على العقار المبيع ، وقصر التقنين السابق الحماية على اصحاب الرهون العقـــارية .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٩٣ — ٣٩٥ (مطابقة للمواد ٤٢٥ — ٤٢٧ من التقنين المدنى المصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٧٧ — فقرة ٨٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٤ — ٤١٦ (مطابقة للمـــواد ٤٢٥ — ٤٢٧ من التقنين المدنى المصرى) .

= التقنين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ — مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لم يصحبه الغبن مال الدولة أو الوقف ، فان العقد يكون باطلا .
٣ — لايجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري بوجـه خاص في الجـزاء المترتب على الغبن ، في التقنين المصري الجزاء هو تكملة الثمن ، اما في التقنين العراقي فالجزاء هو بطلان العقد اصلا) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢١٣ : الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض .

م ٢١٤ : ان الغبن لا يفسد في الاساس رضا المغبون . ويكون الامر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان في الاحوال الآتية : أولا — اذا كان المغبون قاصرا . ثانيا — اذا كان المغبون راشدا وكان للغبن خاصتان : الاولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون . ويمكن الى الدرجة المعينة فيما تقدم ابطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن .

(ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري فيما يأتي : ١ — لم يحدد التقنين اللبناني رقما ثابتا للغبن ، وقد حدد التقنين المصري رقمـا فجعلـه الخمس . ٢ — مزج بين الغبن والاستغلال . ٣ — قصر الغبن على القاصر دون غيره ممن لم تتوافر فيهم الاهلية . ٤ — جعل جزاء الغبن ابطال العقد لا تكملة الثمن) .

التقنين المدني الكويتي م ١٦٣ : ١ — اذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ، أو لاحد من عـديمي الاهليـة أو ناقصيها ، أو لجهة الوقف ، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو التزامه هو ، بما يرفع عنه الفحش في الغبن .

٢ — ويعتبر الغبن فاحشا اذا زاد ، عند ابرام العقد ، عـلى الخمس .

٣ — ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قـد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقا للقانون ، أو اذنت به المحكمة .

م ١٦٤ : يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل اثر العقـد ، بطلب الفسخ ، وذلك مالم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الاشخاص الاعتبارية .

م ١٦٥ : لا يجوز الطعن بالغبن ، في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة ، اذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون .

م ١٦٦ : تسقط دعوى الغبن ، اذا لم ترفع خلال سنة ، تبدأ بالنسبة الى الدولة أو غيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت ابرام العقد ، وبالنسبة لعديمي الاهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الاهلية أو الموت. وعلى اية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد .

(ويختلف التقنين الكويتي عن التقنين المصري في عدة نقاط : ١ — وضـع التقنين الكويتي نظرية عامة في الغبن الفاحش بالنسبة لسائر العقود بينما قصر التقنين المصري دعوى الغبن الفاحش على حالة بيـع العقـار . ٢ — أعمل التقنين الكويتي دعوى الغبن الفاحش على العقود التي الحقت غبنا فاحشـا للدولة والاشخاص الاعتبارية الاخرى وجهة الوقف وعديمي الاهلية أو =

ونرى من ذلك أن الثمن البخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة المبيع كثيرا ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، اذا توافر فيه شروط الثمن . فاذا باع شخص كامل الأهلية دارا قيمتها أربعة لاف بألفين أو بألف ، كان البيع صحيحا (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو

= ناقصيها ، بينما قصرها التقنين المصرى على عقود اشخاص الذين لا تتوافر فيهم الاهلية . ٣ — نص التقنين الكويتى على انه يجوز للمغبون — باستثناء الدولة والاشخاص الاعتبارية الاخرى — أن يطلب الفسخ ، ولم ينص التقنين المصرى على هذا الحق . ٤ — مدة سقوط دعوى الغبن فى التقنين الكويتى سنة واحدة بينما مدته فى التقنين المصرى ثلاث سنوات) .

التقنين المدنى الاردنى م ١٤٥ : اذا غرر احد العاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد .

م ١٤٦ : الغبن الفاحش فى العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين .

م ١٤٧ : اذا اصاب الغبن ولو كان يسيرا مال المحجور عليه للدين او المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لما لهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن او اجازته من الدائنين والا بطل .

م ١٤٨ : اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين واثبت المغرور ان المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه .

م ١٤٩ : لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف واموال الدولة .

م ١٥٠ : يسقط الحق فى الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق فى الفسخ وبالتصرف فى المعقود عليه كله او بعضه تصرفا يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته .

(ويختلف التقنين الاردنى عن التقنين المصرى فى الامور الآتية : ١ — مزج التقنين الاردنى بين الغبن والتغرير . ٢ — لم يقصر التقنين الاردنى الغبن على حالة بيع العقار كما فعل التقنين المصرى بل جعله شاملا العقار وغيره . ٣ — جعل التقنين الاردنى جزاء الغبن الفاحش هو الفسخ فى حين ان التقنين المصرى جعل الجزاء هو تكملة الثمن . ٤ — لم يحدد التقنين الاردنى نسبة محددة للغبن بل عرفه بما لايدخل تحت تقويم المقومين ، فى حين ان التقنين المصرى حدد للغبن الفاحش رقما فجعله الخمس . ٥ — لم يقصر التقنين الاردنى دعوى الغنى الفاحش على الشخص الذى لاتتوافر فيه اهلية بيع العقار كما فعل التقنين المصرى ، بل جعله شاملا كل متعاقد غرر به العاقد الآخر وتحقق فى العقد غبن فاحش . ٦ — اجاز التقنين الاردنى فسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير اذا لحق مال المحجور ومال الوقف واموال الدولة ، فى حين قصر التقنين المصرى دعوى الغبن الفاحش على من لا تتوافر فيه الاهلية) .

(١) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ — ٤ فبراير =

ثمن جدى وان كان ثمنا قليلا (١) .

على أن بخس الثمن — كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر — يعيب البيع فى حالة واحدة ، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة اذا توافرت جاز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش (٢) .

١ — الشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن الفاحش

٢١٨ — شروط أربعة : يجب لتحقق الغبن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ — ٤٢٧ مدنى : ١ — أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ٢ — وأن تكون العين المبيعة عقارا ٣ — والا يكون البيع فى مزاد علنى تم وفقا لأحكام القانون ٤ — وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

٢١٩ — الشرط الأول — صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية : يجب أولا أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فان كان كامل الأهلية ، فهو حر فى أن يبيع ماله بأى ثمن شاء . وان باعه بثمن قليل ، لم يؤثر فى سلامة البيع مقدار الغبن الذى لحق به مهما كان هذا الغبن فاحشا ، مادام الثمن جديا قصد البائع أن يحصل عليه (٣) .

= سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ص ٦٢ — ٣٠ ابريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(١) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الارادة كالاكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ — وانظر آنفا فقرة ٢١٤ فى الهامش) .

(٢) أما الغبن ذو المعيار الذاتى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الاهلية — الاستغلال — فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ — فقرة ٢١٢) .

(٣) اما فى القانون الفرنسى فيجوز الطعن فى بيع العقار المملوك لكامل الاهلية اذا زاد الغبن على ٧/١٢ من قيمة العقار وقت البيع ، ويجبر المشترى اما على رد العين واسترداد الثمن واما على تكملة الثمن الى تسعة اعشار =

وليس يعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الغبن ، الا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامح وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال ، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الغبن فى أن ذاك ذاتى وهذا موضوعى (١) .

فالواجب اذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاقد الأهلية أصلا أو كان ناقصها فحسب (٢) . فيجوز أن يكون صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها ، وهؤلاء فاقدو الأهلية أصلا، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم . ويجوز أن يكون صبيا مميزا أو محجورا عليه للغفلة أو لسفه ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم ، وقد يباشرون البيع بأنفسهم. أما الغائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائى ،

= القيمة وقت البيع . فرد المبيع هو الالتزام الاصلى ، وتكملة الثمن التزام بدلى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٦ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣ — جوسران ٢ فقرة ١٠٥٥ ص ٥٥١) انظر فى تاريخ دعوى الغبن فى القانون الفرنسى وأصل هذه الدعوى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم بودرى وسينيا فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٧٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٥ .

وفى الفقه الاسلامى يمنع الغبن اطلاقا فى الاموال الربوية (وهى المطعومات والاثمان أو المكيلات والموزونات) . وفيما عدا الاموال الربوية لا يؤثر الغبن اذا لم يصحبه تغرير ، ولكن مجرد الغبن اذا كان فاحشا يؤثر فى بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف فيجعل العقد فاسدا .

(١) وقد جاء فى المذكرة الابضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادى . أما الغبن فى العقد بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه فى الالتزامات بوجه عام ، فمعياره معيار نفسى: ولايشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم .. ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الاهلية لا يطعن فيه بالغبن الا اذا توافرت فيه شروط الاستغلال التى سبق بيانها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤١) .

(٢) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقد الاهلية اصلا ، لانه اذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلا ، واذا باشره عنه وصيه بغير اذن المحكمة كان العقد باطلا ايضا . فيبقى ان يباشر العقد الوصى باذن المحكمة ، ولايباع العقار فى مزاد علنى ، ويقع فى البيع غبن فاحش . ويبقى ايضا أن يباشر العقد الولى فى الحدود التى لا يشترط فيها اذن المحكمة ، ويقع فى البيع غبن فاحش ، اما اذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الاهلية ، فيضاف الى هذين الفرضين فرض ثالث ، هو ان يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع فى البيع غبن فاحش ، فيكون البيع قابلا للطعن فيه بدعوى الابطال وبدعوى الغبن الفاحش . انظر مايلى فقرة ٢٢١ .

فهؤلاء لا يعتبرون ناقصى الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاهة ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

٢٢٠ — **الشرط الثانى — العين المبيعة عقار** : ويجب ثانيا أن تكون العين المبيعة عقارا . فبيع المنقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم اذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو « عوامة أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بغبن فاحش ، لم يؤثر ذلك فى سلامة البيع ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه . وكذلك اذا بيع متجر (fonds de commerce) فالمتجر يعد منقولا (٣) . فالمنقولات لا تحميها اذن دعوى الغبن الفاحش وانما تحميها الاجراءات التى رسمها المشرع لحماية القصر والمحجور عليهم فى قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على اذن المحكمة .

أما اذا كان المبيع عقارا ، فتحميه دعوى الغبن الفاحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون حقا عينيا دون حق الملكية مادام واقعا على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر (٥) . ولكن حوالة الحق الشخصى غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولا بتأمين

---

(١) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

(٢) غير ان بيع حصص فى شركة عقارية يعتبر بيع عقار ، اذا ادى الى تجميع الحصص كلها فى يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ — ص ٢٨٥) .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقارا بالتخصيص فيدخل مع العقار الاصلى فى حساب الغبن .

(٥) ويستوى ان يكون العقار مفرزا أو شائعا — ولا يعتبر عقارا المنقول بحسب المآل كما فى بيع البناء بقصد هدمه ، وبيع الاشجار بقصد قلعها وبيع حق استخراج المعادن والاحجار من المناجم والمحاجر (بودرى وسينيا فقرة ٦٨٠) .

عينى واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار • بل هو بيع منقول لا تحميه دعوى الغبن الفاحش ، لأن البيع واقع على حق شخص غير عقارى • فاذا كان الحق الشخصى واقعا على عقار ، كحوالة حق المشترى القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقارا وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش •

واذا كان المبيع عقارا ومنقولا بيعا صفقة واحدة بثمن واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن فى العقار دون المنقول • واذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالغبن ، على الا يدخل فى حساب الغبن الا قيمة العقار وحده منسوبة الى حصته فى الثمن (١) •

٢٢١ — الشرط الثالث — لا يكون البيع فى مزاد علنى تم وفقا لأحكام القانون : ويجب ثالثا ألا يكون البيع فى مزاد علنى • ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الذى تحميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع (٢) لا الشراء • فاذا اشترى القاصر أو المحجور عليه عقارا ولو بغبن فاحش فليست دعوى الغبن هى التى تحميه (٣) ، وانما تحميه الاجراءات

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦ — بودرى وسينيا فقرة ٦٨١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٨ ص ٢٨٥ — ص ٢٨٦) •

(٢) على أنه لايجوز الطعن ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فى بيع الوفاء بالغبن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بانه لايجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوفائى الصادر من ولى القاصر للغير عن جزء من أملاك القاصر ، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفائى أم كان المقصود به اخفاء رهن عقارى . وذلك لان للبائع فى العقد الاول استرداد المبيع اذا رد الثمن فى الميعاد ، ولان المشترى فى العقد الثانى ليس له اى حق عينى على العين وانما له دين عادى ، وبذلك ينتفى حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه فى ماله لامكان استرداد العين المبيعة فى الحالتين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لايستطيع الطعن فى الشراء بدعوى الغبن ، ولو اشترى باكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) .

كذلك لايجوز الطعن بالغبن فى المقايضة ، او تقديم عقار كحصة فى =

المرسومة لهذا الغرض فى قانون الولاية على المال ، وأهمهـا وجـوب الحصول على اذن المحكمة كمـا سبق القول .

فالبيع وحده هو الذى تحميه دعوى الغبن . ويجب ألا يكون البيع حاصلا بالمزاد العلنى ، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع . فاذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشتريا بأكثر من هذا الثمن، فلا محل اذن للطعن فى المبيع بالغبن . هذا الى أن جعل البيع بالمـزاد مهددا بأن يطعن فيه بالغبن قد يكون سببا لاحجام كثيرين من الدخول فى المزاد ، فلا تتهيأ الاسباب كاملة للوصول بثمنه الى أعلى مقدار ممكن، وتنقلب الحماية ضررا لا نفعا .

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدنى تجرى على الوجـه الآتى : « لا يجـوز الطعـن بالغبن فى بيع ينص القـانون عـلى أنه لا يتم الا بطريق المزاد العلنى » . فكان الطعن بالغبن ممتنعا ، بموجب هذا النص ، فى بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى ، وذلك كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم امكان قسمته عينا . أمـا اذا كان البيع لا يتحتم قانونا أن يكون بالمزاد العلنى ، كبيع عقـار غير كامل الأهلية والغائب (١) . فانه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلنى . ولكن نص المشروع التمهيدى حور فى لجنة المراجعة ، واستقر النص فى المادة ٤٢٧ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الآتى: « لايجوز الطعـن بالغبن فى بيع تم كنص القـانون بطـريق المـزاد

= شركة ، ولا فى الوفاء بدين مقابل هو عقار وان كانت هذه الحالة الاخيرة محل شك (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ — الاستاذ جميـل الشرقاوى ص ٤٤) .

(١) فهذا البيع يصح ان يقع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٤٥٩ — ٤٦٣) ، وان كان القانون لايحتم ذلك . فقد يحصل الوصى على اذن المحكمة فى بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة دون ان تحتم ان يكون البيع بالمزاد العلنى .

العلنى » (١) . فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعـا فى بيع عقار غير كامل الأهلية اذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى . وتم البيع فعلا بالمزاد كنص القانون أى وفقا للاجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهليـة والغـائب (م ٤٥٩ — ٤٦٣ مرافعات)(٢) .

ويخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن فى الأحوال الآتية : ١ — اذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى تنفيذا لدين (٣). ٢ — اذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العنى لعدم امكان قسمتـه عينا . ٣ — اذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى تنفيذا لأمر المحكمة التى أذنت فى البيع (٤) .

ويجوز الطعن فى الأحوال الآتية : ١ — اذا باع ناقص الأهليـة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢١٧ فى الهامش .

(٢) انظر عكس ذلك الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٢ والاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٢ — ص ٦٣ .

وفى معنى الراى الذى نذهب اليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لاتوجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ، ولايترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الاجراءات المنصوص عليها فى المادة المشار اليها . ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبى لا مخالفـة فيه للقانون ولا للمادة المشار اليها . ويكون حكم النص المذكور غير واجب الاتباع الا فى حالة بيع عقار القاصر المأذون فى بيعه من الجهة المختصـة بالمزايدة (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقـم ١٣٤ ص ٥٣٤) .

(٣) ويستوى ان يكون المزاد العلنى قضائيا او اداريا ، فاذا بيع عقار محجور بيعا اداريا لاستيفاء الضريبة ، لم يجز الطعن فى البيع بالغبن ، لانه بيع تم بطريق المزاد العلنى كنص القانون (الاستاذ عبد الفتاح عبد البـاقى ص ١١٢) .

(٤) كذلك لايجوز الطعن بالغبن فى نزع ملكية عقار مملوك لغير كامـل الاهلية للمنفعة العامة ، بحجة ان التعويض غير كاف وانه ينطوى عـلى غبن فاحش : فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السـبل القانونية التى فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لاينطوى على غبـن (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ — جوسران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧١) .

العقار بنفسه دون اذن أو اجازة ، فيكون البيع قابلا للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الابطال معا (١) . ٢ ـ اذا باع الأب مال ولده فيما

---

(١) فاذا اجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الابطال وبقى سبب الغبن ، فيجوز له حينئذ ان يطعن بالغبن . وتتحقق مصلحته فى ذلك اذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت وقت البيع ، فان هو طعن بالابطال استرد عقارا قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له اذن مصلحة فى أن يطعن بالغبن دون الابطال حتى يستكمل اربعة اخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى الغبن أكثر مما يكسب من دعوى الابطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستمائة ، فيبيعه القاصر بثلثمائة . فاذا بلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار الى أربعمائة ، كانت اجازة البيع واستكمال اربعة اخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى الغبن خيرا للبائع من ابطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه فى الحالة الاولى يكسب مائة وثمانين ، وهو المقدار الذى يستكمل به أربعة اخماس قيمة العقار . أما فى الحالة الثانية فيسترد عقارا قيمته وقت استرداده أربعمائة ، ويرد الثمن وهو ثلثمائة فالفرق الذى يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، وكان نظام المجالس الحسبية اذ ذاك قائما ، ما يأتى : « هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى احوال كثيرة من تطبيق هذه الاحكام ، فان بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع الغبن ، على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك ، كما اذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع الى المجلس الحسبى . فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة ، وقابلا للطعن عليه بالغبن من جهة اخرى . وقد يجيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يطعن فيه بالغبن اذا كانت له مصلحة فى ذلك . وتتحقق المصلحة اذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع اذا هو طعن فى البيع بالبطلان » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ ـ ص ٤١) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الولى لمال القاصر بغبن فاحش يعطى الحق فى طلب تكملة الثمن لا فى طلب بطلان العقد ، أما اذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود الغبن الفاحش فى رفع احدى دعويين ، هما دعوى بطلان التصرف لعدم الاهلية ودعوى تكملة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالغبن فى عقد وقع ممن حل محل القاصر شرعا فى التعامل عنه ، أما اذا صدر البيع من القاصر نفسه فان القاصر يجوز له طلب أبطال هذا البيع لنقص الاهلية (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧) .

لاتزيد قيمته على ثلثمائة جنيه ، اذ لا يحتاج فى هذه الحالة الى الحصول على اذن من المحكمة (١) • ٣ — اذا باع الولى أو الوصى أو القيم مال المحجور بعد الحصول على اذن من المحكمة وبعد أن آخذت المحكمة رأى الخبير ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلا بالمزاد العلنى لعدم اشتراط المحكمة ذلك • فقد يقع فى هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الاذن اذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة •

ولا يمنع من الطعن فى البيع بالغبن أن يكون البيع احتماليا ، اذ يجوز أن يداخل الغبن البيع الاحتمالى • فاذا بيع عقار محجور عليه بايراد مرتب مدى حياته وكان هذا الايراد لايزيد على ريع العقار ، فالثمن هنا جدى ولكنه ثمن بخس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش فيجوز الطعن فى البيع بالغبن (٢) •

---

(١) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٥ — ١٧٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ ص ٢٢٣ •

وقد قضت محكمة النقض بان المادة السابعة من الرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تنص فى فقرتها الثانية على انه « لايجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » ومفاد ذلك ان اشتراط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة، واذ كان عقد البيع الصادر من الولى الشرعى ببيع اطيان النزاع — التى آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه — الى المطعون ضدها الاولى غير مقيد بصدور اذن من المحكمة بابرامه ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بصحته ونفاذه لايكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٤٩ لم ينشر •

(٢) انظر آنفا فقرة ٢١٦ فى الهامش — كذلك اذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المنتفع او حق رقبة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع ، فان هذا بيع احتمالى ، لكن يجوز ان يدخله الغبن (انظر فى تطور هذه المسألة فى القضاء الفرنسى وانتمائه الى اقرار هذا المبدا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٠٥٢ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٨٩ — فقرة ٤٩٧ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥ ص٦١ — ص ٦٢ — الاستاذ اسماعيل غانم ص ٥٨ •

٢٢٢ ـ الشرط الربــع ـ الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس :والغبن لا يكون فاحشــا الا اذا زادت قيمـة العقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة • أما اذا بيــع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر مــن ذلك فلا محل للطعن فى البيع بدعوى الغبن • ونقف هنا عند رقم محدود لا نتعداه ، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الاسلامى ففيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعيا بخــلاف الاستغلال فان معياره ذاتى (١) كما قدمنا •

والعبرة فى تقويم العقار ، لحساب مقدار ما وقع من غبن ، بوقت البيع (٢) ، لا بوقت الطعن بالغبن • فاذا كانت قيمة العقــار ألفــا وبيع بســبعمائة ، كان هنك غبن يزيد على خمس تيمه العقار وقت البيع • ومن ثم يجوز الطعن فى هذا البيع بالغبن ، واستحال المائه التى يقــل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة ، حتى لو نزلت قيمة العقــار وقت الطعن بالغبن الى سبعمائه فاصبح التمن مساويا لقيمه العقار وقت رفع الدعوى •

= الدكتور توفيق فرج فى نظرية الاستغلال رساله من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٠ ـ ص ١٧٢ ـ وقارن الاستاذين نجيب الهلالى وحامد زكى فقــره ٤٧٧) •

(١) فلا يشترط فى الغبن ان يكون ارادة المغبون معيبة ، بل يصــح أن يكون على بينة من امره غير مضغوط عليه وقد باع مختارا بهذا الغبن الفاحش اما فى الاستغلال فلا بد ان يكون قد استغل فى المغبون طيشــه البين أو هواه الجامـــح •

ومن ذلك نرى أن دعوى الغبن ترجع فى طبيعتها لا الى عيب فى الارادة ولا الى نقص فى الاهليه ولا الى تخلف السبب جزئيا ولا الى مسئولية تقصيرية، وانما ترجع الى فكرة التعادل ما بين المبيع والتمن ، ولذلك جاء الكلام فيهــا بعد الكلام فى تقدير الثمن ، وهكذا فعل التقنين المدنى الجديد • والقانــون عندما يتطلب هذا التعادل فى حالة القاصر والمحجور لا يتسامح الا فى يسير لايزيد على خمس القيمة ، ولذلك كان الغبن الفاحش عيبا فى العقد ذاتــه اى فى التعادل ما بين المبيع والثمن (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقــرة ١٥٢ ـ وقارن الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧ ـ ص ٤٩) •

(٢) كذلك اذا كان البيع انما وقع تنفيذا لوعد سابق بالبيع ذكر فيه الثمن فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له بالبيع فى شراء العقار ،=

وتقدير ما اذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس قيمة العقار وقت البيع ، هو من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة (١) .

وكذلك العبرة بالثمن الذى يستحقه صاحب العقار المبيع ، ولا تدخل فيه المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢) .

ب - ما يترتب من الاثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - **دعوى تكملة الثمن** : ليس الغبن سببا من أسباب ابطال البيع وانما هو سبب لتكملة الثمن (١) . ذلك ان المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الاهلية باقل من اربعة اخماس قيمته ، فاذا بيع

= اذ فى هذا الوقت يتم البيع ولا يعتد بوقت الوعد بالبيع ، وقد ترتفع قيمة العقار او تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة ، والاعتبار فى كل ذلك انما يكون بالوقت الذى يتم فيه البيع اى عند ظهور رغبة الموعود له فى الشراء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لتحقق الغبن الفاحش فى بيع عقار غير كامل الاهلية ان يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع باكثر من الخمس ، وتقدير ما اذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن باكثر من خمس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد اقامت قضاءها على اسباب سائغة ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه لم يتقيد فى تقدير قيمة الاطيان المبيعة باحكام المادة التاسعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فى شأن قيمة التعويض الذى كان يستحق عن هذه الاطيان فى حالة استيلاء الحكومة عليها وانما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد بمبلغ يماثل قيمة التعويض المذكور قرينة على ان الثمن المتفق عليه فى العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تدليل سائغ مؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها الحكم ، وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع فى أن الثمن المحدد فى العقد يماثل سبعين مثل الضريبة المربوطة على الاطيان المبيعة - وهو قيمة التعويض المنصوص عليه فى المادة التاسعة مما يكون معه النص فى هذا الخصوص سببا جديدا لايجوز التحدى به لاول مرة أمام محكمة النقض ، لما كان ذلك فان النعى يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٨١ ص ٣٧٦ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥ .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ .

بأقل من ذلك لم يبطل البيع ، ولكن يستكمل الثمن الى أن يصل الى أربعة أخماس القيمة (١) • وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبن فى أكثر من الخمس ، وهو المقدار الذى يتغابن فيه الناس عادة • ولا يكون الغبن سببا فى ابطـال البيع ، الا اذا كـان نتيجـة غلط أو تدليس (٢) •

والذى يرفع الدعوى صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته مـن بعده أو بواسطة وليه • يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد واجازتـه للبيع اذا كان هو الذى باشره • فاذا مات قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن ، رفعها ورثته من بعده (٣) • ويرفعها وليه نيابة عنه اذا كان هو لا يزال قاصرا ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولى بعد اذن المحكمة (٤) • وترفع الدعوى على المشترى أو ورثته ، لأن تكملة الثمن التزام فى ذمة المشترى (٥) •

---

(١) فاذا كان الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياة ، قدرت تكملة الثمن وفقا للحساب المتبع فى شركات التأمين (بلانيول وريبير وهـــامل ١٠ ص ٣٠٢ هامش ٣) •

ولم ينص التقنين المدنى المصرى ، كما نص التقنين المدنى الفـــرنسى (م ١٦٨٢) ، على ان للبائع المطالبة ايضا بفوائد تكملة الثمن بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائيه بتكملة الثمن • فلابد من اتباع القواعد العامة فى مصر ، فلا تكفى المطالبة القضائية بتكملة الثمن لاستحقاق الفوائد بالســعر القانونى ، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها •

(٢) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ — ٢٧ ينـــاير سنه ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ — ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ •

(٣) والدعوى لاتتجزأ ، فاذا تعدد الورثة وجب ان يتفقوا جميعا عـــلى رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢٤٠ ص ٢٩١) •

(٤) استئناف مصر ٣ اكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقـــم ١١٧ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقره ٧٤ ص ١١٥ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص ٦٣ — وقارن الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٤ — الاستاذ سليمان مرقس فقــرة ١٢٥ ص ١٧٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١ •

(٥) واذا اخذ شفيع العقار بالشفعة ، حل محل المشترى فى الالتزام بتكملة الثمن ، ورفعت الدعوى عليه (الاستاذ انور سلطان فقره ٦٥ ص ٨٦) •

وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشترى ، لأنها دعوى بحق شخصى (١) • وعلى المدعى ، أى صاحب العقار المبيع ، أن يثبت حقه فى تكملة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع • فاذا أثبت ذلك ، حكم القاضى على المشترى بتكملة الثمن الى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع • ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشترى ، ويدخل فى ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصى فى ذمة المشترى كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به • بل ان تكملة الثمن — وهى جزء من الثمن — تكون مكفولة أيضا بحق امتياز البائع على العقار المبيع (٢) • فاذا بقى العقار فى ملك المشترى ، فان البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائنى المشترى ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار • أما اذا تصرف فيه المشترى ، معاوضة أو تبرعا ، فللبائع أن يتعقبه فى يد الغير بحق امتيازه اذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشترى •

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى ، كما رأينا ، على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » • وقد جعل التقنين المدنى الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات — وكان التقنين المدنى السابق يجعلها سنتين (٣) حتى يتسق التشريع فى دعاوى الابطال مع دعوى تكمله الثمن (٤) • فاذا كان صاحب

---

(١) أما فى فرنسا فهى دعوى فسخ يتفاداها المشترى بتكملة الثمن ، ومن ثم فهى دعوى مختلفة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص ٢٨٤) •

(٢) ويجب شهر حق الامتياز عن طريق قيد تكميلى يأخذ مرتبته من وقت القيد (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٥) •

(٣) فاذا كانت دعوى الغبن قد تقادمت بسنتين قبل يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقادم التقنين الجديد ، فانها تسقط • اما اذا كانت مدة السنتين لم تنقض فى هذا اليوم ، طبقت احكام التقنين الجديد واكملت مده التقادم الى ثلاث سنوات •

(٤) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ — وانظر آنفا فقرة ٢١٧ فى الهامش •

العقار المبيع صبيا ، فلوليه أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التى التى يبقى فيها الصبى غير كامل الأهلية ، حتى اذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن فى خلال الثلاث السنوات التى تلى بلوغه هذه السن . فان مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى فى المدة الباقية . وان مات قبل بلوغه سن الرشد ، فللورثة رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لا مدة سقوط ، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهليه ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م ٣٨٢/٢ مدنى) . أما اذا كان صاحب العقار محجورا عليه ، فانه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فان مات صاحب العقار وهو لا يزال محجورا عليه ، فلورثته رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته . واذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى فى خلال الثلاث سنوات التى تلى رفع الحجر على النحو الذى تقدم فى شأن القاصر (١) .

وقد قدمنا ان دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى ابطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الابطال هذه تسقط هى أيضا بالتقادم اذا

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الاهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الاهلية ، وتنتقل الدعوى فى هذه الحالة الى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الاهلية ولم يكن له نائب شرعى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) .

ويلاحظ انه اذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث السنوات ، فان هذه المدة لاتقف ولو حجر فى خلالها على البائع ، لان الوقف لايرد عليها كما سبق القول (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٦) .

ويجوز بعد ان يستكمل البائع اهليته ان ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الابطال . اما وهو لايزال غير كامل الاهليه ، فلا يجوز له ذلك ، بل لايجوز ذلك ايضا للولى ولا للمحكمة (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٣) .

(٢) اما دعوى الاستغلال فتعطى لكامل الاهلية ، اذ ان غير كامل =

انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين •

٣٢٤ ـ **دعوى الفسخ** : ولصاحب العقار المبيع اذا لم يدفع له المشترى تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضا فسخ البيع ، شأنه فى ذلك شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكمله (١) • فاذا فسخ البيع ، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشترى بتعويض (٢) •

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشترى • فاذا كان المشترى قد تصرف فى العقار معاوضة أو تبرعا ، فان المتصرف اليه اذا كان حسن النية ـ وحسن النية مفروض فيه (٣) ـ لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ • ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع (م ٢/٤٢٦ مدنى) (٤) • ومن ثم لا يستطيع البائع

= الاهلية ليس فى حاجة اليها وعنده ماهو اقوى منها وهى دعوى الابطال (قارن الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧) .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : فاذا حكم بالتكملة ولم يدفعها البائع ، جاز فسخ البيع ـ لا ابطاله ـ تطبيقا للقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) . ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمتنع عن تسليم المبيع الى المشترى ، اذا كان لم يسلمه اياه ، وذلك الى ان يستوفى تكملة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

(٢) فاذا كانت قيمة العقار قد نزلت الى اقل من اربعة اخماسها واسترد البائع العقار ، كان له ان يطلب تعويضا هو الفرق بين اربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمته بعد النزول •

(٣) ولكنه يعتبر سيىء النية من وقت ان يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ ، فاذا لم يكن المتصرف اليه قد شهر حقه العينى ـ ملكية او حق ارتفاق أو حق رهن او اختصاص او غير ذلك ـ قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ فى حقه . اما اذا كان قد شهر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى فى حقه الفسخ اذا كان حسن النية ، فان كان سيىء النية سرى الفسخ فى حقه .

(٤) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ .

أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبقى له الا الرجوع بالتعويض على المشترى (١) فاذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشترى بقيام دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سيىء النية .

وغنى عن البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ، وان كانت تقوم نتيجة لها (٢) . فلا تسقط دعوى الفسخ الا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشترى عن دفع تكملة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذى قدمناه .

---

(١) ولايكفى فى التعويض باستكمال الثمن الى اربعة اخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع كاملة اذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك ان البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع ، انتقل حقه من استكمال الثمن الى استرداد المبيع ذاته ، فان تعذر عليه الاسترداد بفعل المشترى وجب على هذا تعويض كامل اى دفع قيمة المبيع (قارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٥).

(٢) وفى القانون الفرنسى ، كما راينا ، يطلب البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشترى ان يتفادى الفسخ بتكملة الثمن . فالبائع فى القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهى بتكملة الثمن . اما البائع فى القانون المصرى ليبدأ بدعوى تكملة الثمن ، وينتهى بالفسخ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على البيع

٢٢٥ - تطبيق القواعد العامة : البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي تترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١) .

ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢) .

---

(١) فاذا لم يقم احد المتبايعين بالتزاماته ، جاز للاخر وفقا للقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له ايضا حبس المبيع اذا كان هو البائع ، او حبس الثمن اذا كان هو المشتري . وللبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن باكمله ، ومحل بحثه عند الكلام في حقوق الامتياز .

(٢) ويلاحظ انه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضي بان يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري. وقد قضت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائما لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المالوفة في المبايعات ، أما الشروط غير المالوفة التي تعهد بها البائع فتفسر لمصلحته (بودري وسينيا فقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ — وانظر آنفا فقرة ٢٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري اذا تطرق الشك الى بيان الشيء المبيع مع ان هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحته لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك الى ان البائع ادرى بالشيء المبيع ، فاذا لم يبينه بيانا كافيا فهو المقصر وفسر الشك ضده (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ — ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ايضا بانه اذا اخذ المشتري على عاتقه قيمة الرهن الذي يثقل العين المبيعة، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في عقد البيع يفيد منها المشتري لان الشرط يفسر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠١ =

الفـــرع الاول

التزامـــات البـــائع

٢٢٦ — التزامات أربعة : يلتزم البـائع بموجب عقد البيـع ذاته دون حاجة الى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : ١ — نقل ملكية المبيـع الى المشترى ٢ — تسليم المبيع له ٣ — ضمان التعرض والاسـتحقاق ٤ — ضمان العيوب الخفية (١) .

المبحث الأول

نقـــل ملكيـــة المبيع

٢٢٧ — المقصود بالمبيع — تفرق النصوص القانونية : قدمنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقا عينيا آخـــر

= م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجرى بذلك على حكم نص التقنين المدنى الفرنسى ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا التقنين لم تنقل فى التقنيـن المدنى المختلط . على ان محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك فى حـكم لها بأن القواعد العامة هى التى تسرى فى تفسير التزامات كل من البائـع والمشترى ، فالشك فى الثمن يفسر لمصلحة المشترى والشك فى المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض اخيرا بانه متى تبين ان محكمة الموضـــوع قد فسرت شروط البيع فى خصوص تحـديد كمية المبيع تفسيرا سائغا لـم تخرج به عن حد حمل عباراتها على مايمكن ان تحتمله ، ودعمت حكمها فى هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فان ذلك مما يدخل فى السـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مـدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى النصوص المتعلقـــة بانتقال ملكية المبيع فى فصل خاص ، ثم اورد بعد ذلك سائر التزامات البائع، بعد أن جمع على غرار التقنين المدنى الفرنسى بين ضمان التعرض والاستحاق وضمان العيوب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، فنص فى المادة ٤٠١ منه (انظر ايضا المادة ١٦٠٣ مدنى فرنسى) على ما يأتى : « على البـائع واجبان اساسيان : اولا . تسليم المبيع . — ثانيا . ضمان المبيع » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٠١ .

متفرعا من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقا شخصيا فيسمى البيع عندئذ بحوالة الحق بل قد يكون المبيع حقا معنويا كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

وفى جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع الى المشترى طبقا للقواعد والاجراءات التى قررها القانون . فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار الى المشترى ، وبيع حق الانتفاع يترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) ، وبيع الحق الشخصى يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصى ، وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذى نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدنى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فى نصوص متفرقة ، هى المواد ٢٠٤ الى ٢٠٧ مدنى والمواد ٤٢٨ الى ٤٣٠ مدنى والمواد ٩٣٢ الى ٩٣٤ مدنى ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلى . أما نقل الحق الشخصى — وهذه هى حوالة الحق — فقد عرض له التقنين المدنى فى المواد ٣٠٣ الى ٣١٤ مدنى ، وقد سبق بحث حوالة الحق فى الجزء الثالث من الوسيط فنستبعدها من بحثنا هنا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف فأنها قوانين خاصة أشارت اليها المادة ٨٦ مدنى اذ تقول : « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

فيبقى اذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هى الحقوق التى نعنيها بلفظ « المبيع » ، فاذا قلنا نقل الملكية فى المنقول أو فى العقار ، قصدنا بذلك نقل حق الملكية فى منقول أو عقار ، أو الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحث ما يأتى : ١ — نقل الملكية بوجه عام ٢ — نقل الملكية فى المنقول ٢ — نقل ٣ — نقل الملكية بالعقار .

المطلب الأول

نقـل الملكيـة بوجـه عام

٢٢٨ ـ مسائل ثلاث : لم يكن البيع فى القديم يولد التزاما بنقـل الملكية ، فلم يكن عقدا ناقلا للملكية • ولكنه تطور بعد ذلك تدرجا ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحث فى هذا الصدد مسائل ثـلاثا : ١ ـ التطـور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية ٢ ـ تحليل معنى نقل الملكية ٣ ـ مـا يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلا •

١ ـ التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية

٢٢٩ ـ البيع فى القانون الرومانى : كان البيع فى القانون الرومانى عقدا لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذى كان ينقل الملكية هـو وضـع مـن الأوضاع المادية المعروفة فى هذا القانون : الاشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائى (jure in cessio) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio)

بل لم يكن البيع يرتب فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع ـ ما لم يوجد شرط صريح فى العقد يلزمه بنقل الملكية ـ **هو أن ينقل الى المشترى** حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض لـه البـائع نفسه • فكان البائع ، الى جانب التزامه بنقل هـذه الحيـازة ، يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبى • وكان هذا يعتبر كافيا لتحقيق الغرض الذى يستهدفه البيع ، فما دام المشترى واضعا يده على المبيع يحوزه حيازة هادئة ، وينتفع بـه بجميع الطـرق المشروعة ، دون أن يتعرض له أحد فى ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكـا وقد حوى فى يده جميع الميزات التى يتوخاها من كسب هذه الملكيـة • وكان يترتب على ذلك أن البائع فى القانون الرومانى يصح أن يسـتبقى الملكية عنده دون أن ينقلها الى المشترى ، والضمان الذى يكفل للمشترى

تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له • بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحا مادام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادرا على نقل حيازة المبيع الى المشترى على النحو الذى اسلفناه ، وقادرا فى الوقت ذاته على منع أى عمل يكدر على المشترى حيازته اذ هو ضامن له التعرض والاستحقاق كما سبق القول •

على أن البيع فى القانون الرومانى ، اذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها • والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشترى أن يشترط فى عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحا لأنه يتآلف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشترى ولا يقتصر على نقل الحيازة الهادئة• (والأمر الثانى) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشترى ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) •

٢٣٠ – البيع فى القانون الفرنسى القديم : وانتقلت أحكام القانون الرومانى فى هذا الصدد الى القانون الفرنسى القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاما بنقلها • وبقى من طرق نقل الملكية، وهى الأوضاع المادية التى كانت سائدة فى القانون الرومانى ، القبض وحده ، بعد أن اختفى الاشهاد والتنازل القضائى • فكان البيع فى القانون الفرنسى القديم ينقل الى المشترى حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل اليه الا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير

---

(١) والسبب فى ان القانون الرومانى لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية أن حق التملك كان مقصورا على المواطن الرومانى . ولما الزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية العتيقة ، جعل أثر البيع مقصورا على تمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

صحيحا فى هذا القانون • وبقى القانون الفرنسى القديم على هذا النحو الى آخر مراحله ، حتى أن بوتييه ، وهو الفقيه الذى ختم عهود القانون الفرنسى القديم ، لم يدخل فى تعريف البيع أنه ينقل الملكية الى المشترى (١) •

على أن تطور القانون الفرنسى القديم طوال مراحلة أدى الى أن يكون البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاما بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على ان تنتقل الملكية الى المشترى بالقبض • ثم ألف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمرا صوريا ، فكانوا يكتبون فى بياعاتهم أن القبض قد تم (clause de dessousine-saisine, vest et devest) فكان من وراء هذا القبض الصورى أن تنتقل الملكية الى المشترى ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها أنتقلت بذكر حصول القبض فى العقد • على أن ذكر حصول القبض مالبث أن أصبح هو أيضا شرطا مألوفا (clause de style) فى عقد البيع •

٢٣١ — البيع فى الفقه الاسلامى : وقد جاوز الفقه الاسلامى هذه المرحلة التى وصل اليها القانون الفرنسى القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشترى للعقار أو للمنقول مالكا للمبيع بمجرد العقد • وقد جاء فى البدائع (٢) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان •• الثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك فى البدلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك فى البدلين للحال بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق

---

(١) فقد عرف بوتييه البيع على النحو الاتى : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر ان ينقل اليه شيئا يحوزه كمالك (lui faire avoir librement a titre de proprietaire une, chose) لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشترى ، فى مقابل ذلك ان يدفع الثمن (بوتييه فى عقد البيع فقرة ١) ، ويقول بوتييه ، فى تعليقه على على هذا التعريف ، ان البائع يلتزم بتسليم الشىء الى المشترى وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لايلتزم بنقل الملكية فعلا الى المشترى (بوتييه فى البيع فقرة ١ — وانظر بودرى وسينيا فقرة ٦ ص ٥) •

(٢) جزء ٥ ص ٢٤٣ •

الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكا للحال • وبخلاف البيع الفاسد ، فان ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكا عنده » • ويبين من هــذا النص أن العقد ذاته هو الذى ينقل الملك ، وفى ذلك يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى الفقه اللاتينى • ففى الفقه الاسلامى ينتقــل الملك بالعقد ، أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد •

وقد كان مقتضى انتقال الملك الى المشترى بالبيع فى الفقه الاسلامى أن يملك المشترى التصرف فى المبيع بمجرد البيع ، حتى قبــل القبض • وهذا هو مذهب مالك (١) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فى المبيع قبل قبضة سواء كان منقولا أو عقارا (٢) • وأمــا عند الحنفية فلا يجوز للمشترى التصرف فى المنقول قبل قبضة اذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدى الى الغــرر بالمشــترى الجديد ، ويجوز التصرف فى العقار قبل قبضه عنــد أبى حنيفــة وأبى يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٣) •

ويخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع فى الفقه الاسلامى ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيدا ، فهو الذى يطلق يد المشترى فى التصرف فى أكثر المذاهب على مارأينا •

٢٣٢ـ البيع فى القانون الحــديث ـ القانون الفرنسى والقــانون

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٣٥ •

(٢) ويذكرون لتعليل ذلك اسبابا مختلفة : منها ان انتقال ملك المبيــع الى المشترى لا يتأكد الا بالقبض ، فاذا تأكد بالقبض استطاع المشترى أن يتصرف فيه . ومنها ان المبيع قبل القبض يكون فى ضمان البائع لا فى ضــمان المشترى ، ولايجوز للمشترى أن يبيع ما ليس فى ضمانه . ومنها أن المشترى الذى يبيع مالم يقبض لا يكون قادرا على التسليم ، فلايجوز له ان يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادرا على تسليمه . انظر الام للشافعى جزء ٣ ص ٦٠ ـ فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ ــ ص ٧٥ •

(٣) مختصر الطحاوى ص ٨٤ ــ ص ٨٥ •

المصرى : ولما رأى واضعو تقنين نابليون الى أين انتهى التطور فى القانون الفرنسى القديم على النحو الذى أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلا للملكية اذ يرتب فى ذمة البائع التزاما بنقلها الى المشترى . واذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسى القديم(١)، الا أن سائر النصوص فى هذا التقنين قاطعة فى أن البيع أصبح بذاته ناقلا للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى وهى تقول : .. يكسب المشترى من البائع قانونا ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع (٢) .

وجاءت نصوص التقنين المدنى المصرى ـ القديم والجديد ـ صريحة فى أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى (٣) .

ومن ثم صار بيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح

---

(١) اذ تعرف البيع على الوجه الآتى : « البيع اتفاق بموجبه يلتزم احد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه » . وهذا هو الاصل الفرنسى للنص :

Aré. 1582: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l' autre à la payer.

(١) وهذا هو الاصل الفرنسى للنص :

Art. 1583: ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, des qu'on est conveu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر ايضا المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وانظر الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى وهى تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه (بودرى وسينيا فقرة ٨ ـ فقرة ١٠). وهذا لايمنع من ان تكون هناك اجراءات تلابس عقد البيع الملكية ، اما بالنسبة الى الغير ، او حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع فى العقار ضرورى فى القانون المصرى : لا فحسب لنقل الملكية فى حق الغير ، بل ايضا لنقلها فيما بين المتعاقدين .

(٢) فنصت المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدنى السابق على ان « البيع عقد يلتزم به احد المتعاقدين نقل ملكية شىء للاخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » . ونصت المادة ٤١٨ من التقنين المدنى الجديد على أن « البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشترى ملكية شىء او حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

البيع ناقلا الملكية ، فجاءت النصوص صريحة فى بطلان بيع ملك الغير فى كل من التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المدنى المصرى ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

٢ — تحليل معنى نقـــل الملكية

٢٣٣ — الالتزام بنقل الملكية ونقـــل الملكية فعــلا : يجب التمييز بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلا . وان كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامه فورا بمجرد نشوئه . على أنه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيديـــة يلتزم بها البائع ، ولابد على كل حال من توافر شروط معينـــة حتى يتم نقل الملكية فعلا . فاذا قام البـــائع بما عسى أن يكون ضروريا من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط الواجبة لنقلها ، انتقلت فعــلا من البائع الى المشترى بحكم القانون وقد كسبها المشترى بعقد البيع .

فنتكلم اذن فى القاعدة التى تقضى بأن الالتزام بنقـــل الملكية يتم تنفيذه فورا بحكم القانون، وفى التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفى الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلا .

٢٣٤ — الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فورا بحكم القانون : جرى التقنين المدنى المصرى على تقاليـــد القوانين اللاتينية فى الطريقـــة التى بموجبها ينقل البيع الملكية الى المشترى . فالبيع ينشىء أولا التزاما فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بحكم القانون ، اذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنتقل الملكية فعلا الى المشترى . فيبدو أن نقل الملكية كان أثرا مباشرا لعقد البيع ، ولكـــن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنيـــة ليس الا تنفيذا للالتزام بنقلهـــا ، والأثر المباشر لعقد البيع هو انشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة اذن أن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية من تلقاء نفســـه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضروريا من الأعمال التمهيدية لنقلها ،

ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قررته المادة ٢٠٤ مدني اذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدنى وأحالت على النص السالف الذكر اذ تقول : «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) ، فكتبنا ما يأتى : « ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية الى الدائن بحكم القانون ؛ وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد » ثم كتبنا فى الحاشية « ويذهب بنكاز Bonnecase الى أنه لايوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفى للوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين

---

(١) وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ان بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على اى عقار لايكون له مفعول حتى بين المتعاقدين الا من تاريخ قيده فى السجل العقارى » .ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتى : « ان المشترى يكتسب حتما ملكية المبيع اذا كان عينا معينة عندما يصبح البيع تاما باتفاق المتعاقدين ؛ مالم يكن ثمة نص قانونى مخالف كالنص الوارد فى المادة السابقة . ويكون الامر كما تقدم حتى فى الحالتين الآتيتين : أولا ــ اذا كان التسليم او دفع الثمن مربوطا باجل . ثانيا ــ اذا كان البيع منعقد على شرط الالغاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .

الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم الا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم الى نظام السجل العقارى يبرز أيضا هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ، ولاتنتقل الملكية الا بالتسجيل » (١) .

قلنا انه قد توجد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيدا لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فورا بحكم القانون فتنتقل الملكية فعلا الى المشترى ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟

٢٣٥ ـ التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ـ نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى ، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا (٢) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٦ ـ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٧ ـ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣٥ ـ ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ـ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٦٦ ـ وفى التقنين المدنى الاردنى

---

(١) قارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١ ص ١٥ ـ ص ١٦ وفقرة ٨٠ ص ١٢١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢ ـ ص ٤٣) .

المادة ٤٨٨ (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، ايجابية أو سلبية ، لابد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع (٢) الى المشترى. وتورد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ايجابية أو سلبية ،من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع على امضائه تمهيدا لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٩٦ (مطابقة للمادة ٤٢٨ من التقنين المدنى المصرى) ، انظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٨ — فقرة ٩٠ .

التقنين المدنى الليبى : م ٤١٧ (مطابقة للمادة ٤٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٥٣٥ (مطابقة للمادة ٤٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٩٨ — فقرة ٢٩٩ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل لها ، ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة فى القانون اللبنانى .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٦٦ : اذا لم يكن من مقتضى البيع ان ينتقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ماهو ضرورى من جانبه لانتقالها ، وان يمتنع عن اى عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا .

(وهذا النص موافق فى الحكم مع نص المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٨٨ : يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشترى مجردا من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضرورى من جانبه لنقل الملكية اليه .

(هذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى عبارة « الحق المبيع » : « وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل اى حق عينى او شخصى يقع عليه البيع » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣) وبديهى أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يتمد به ان يقوم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشترى أن يقوم به لنقل الملك (قارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٩ هامش ١) .

المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف فى العين تصرفا يضر بالمشترى (١) » • وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الاتى : يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشىء • وورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : «وعلى البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى وصورة من المستندات التى يستبقيها لتضمنها حقوقا أخرى غير حق المشترى (٢) » وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٣) » •

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما . أعمالا ايجابية وأعمالا سلبية (٤) •

أما الأعمال الايجابية التى من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فمثلها فى العقار تصديق البائع على امضائه حتى يتمكن المشترى من تسجيل العقد (٥) ، وشهر حق الارث الواجب حصوله قبل تسجيل

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ — ص ٥٣ •

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ فى الهامش .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ •

(٥) ولكن كتابة العقد وما يسبق ذلك من اجراءات فى قسم المساحة واعداد العقد بوجه عام للتسجيل يقع على المشترى لا على البائع ، وليس البائع ملزما الا بتقديم البيانات اللازمة لاعداد العقد للتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن احكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الامضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه ، ولما كان المشترى هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم ، فانه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الاوراق ، وبعد ذلك يكون له

البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار • ومثلها فى المنقول افراز المبيع اذا لم يكن معينا الا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية فى هده الحالة لا تنتقل الا بالافراز • أما بيان ماعلى العقار من حقوق وتكاليف . وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضروريا لنقل الملكية . ولكنه لايزال عملا يلتزم به البائع ويدخل فى التزامه العام بضمان الاستحقاق.وسيأتى بيان ذلك • كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى : كعقد ايجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى فى حق المشترى وبيان بما لا يزال باقيا فى ذمة المستأجر من الأجرة ، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حتى تتبع العين فى يد المشترى (٢) ، ليس ضروريا لنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وان كان لا يزال التزاما فى ذمة البائع تابعا لالتزامه العام بضمان الاستحقاق •

وأما الأعمال السلبية التى يلزم البائع الكف عنها حتى يتيسر نقل

= ان يطالب البائع بالحضور الى قلم كتاب المحكمة لامضاء العقد . واذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزما بتجهيز العقد وتقديمه للمشترى لامضائه خصوصا اذا كان العقد الابتدائى صريحا فى ان البائع غير ملزم الا بامضاء العقد النهائى وكان المشترى لم يطلب من البائع فى الانذار الذى وجهه اليه الا الحضور الى قسم المساحة لتحرير العقد النهائى (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) • وقضت أيضا بأنه اذا استخلص من نص العقد ان المشترى هو الذى يحرر العقد النهائى وان ما التزام به البائع هو ان يذهب مع المشترى فى اليوم الذى يحدده الى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه امام رئيس القلم ، تعين على المشترى ، بدلا من انذار البائع بتحرير العقد النهائى فى اجل معين وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد فى انذاره يوما للذهاب الى ديوان المساحة (نقض مدنى ٨ مارس سنه ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) — انظر ايضا الاستاذ انور سلطان فقرة ١٥٢ .

(١) الاستاذ محمد على امام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستبقى البائع مستند الدين والرهن فى يده لانه لايزال ملزما بالدين ، ويعطى صورة من هذا المستند للمشترى .

الملكية الى المشترى ، فمثلها أن يتصرف البائع فى العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشترى الثانى من التسجيل قبل المشـــترى الأول ، وأن يتصرف البائع فى المنقول بعد البيع ويسلمه للمشترى الثانى اذا كان هذا حســن النية • فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، اذ من شأنها أن تجعــل نقل الملكية الى المشترى مستحيلا ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضا تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سنرى • ومثلذلك أيضا أن يلحق البائع بالمبيع تلفا أو تخريبا بحيث تهلك العين هلاكا كليـا أو جزئيا فيتعذر انتقال ملكيتها خالصة الى المشترى ، وهذا أيضا يمكن ادخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١) • وهناك من الأعمـــال مالا يجعل نقل الملكية للمشترى مستحيلا ولكن يجعله عسيرا • وهــذه أيضا يجب على البائع أن يكف عنها ، اذ النص كما رأينا يلزمه « أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلا أو عسيرا » • مثــل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبـــة العقارية ، فهذه يجوز للمشترى الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاخفاؤهـا يجعل نقل الملكية شاقا ، ومن ثم يلتزم البائع أن يكف عنه •

٢٣٦ ــ الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية الى المشـترى : فاذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلا الـى المشترى بحكم القانون ، وذلك اذا توافرت الشروط المذكورة فى المـادة ٢٠٤ مدنى والمادة ٩٣٢ مدنى الســالفتى الذكر • وهى شروط ثـلاثة : ١ ــ **أن يكون المبيع عينا معينة بالذات** • ٢ ــ وأن يكون مملوكا للبائع •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد استخلص عـدم استحالة التنفيذ من ان التعاقد ابرم بعد صدور قانون تقسيم الاراضى رقـم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وان امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن لبائع ان يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فان ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعـة احكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) •

٣ - وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (١) .

أما أن يكون المبيع عينا معينة بالذات فهذا شرط طبيعى ، فان الملكية لا تنتقل من شخص الى آخر الا فى شىء معين بالذات . بل ان هذا الشرط لم يصبح ذكره ضروريا بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التى تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال افراز المبيع اذا لم يكن معينا الا بالنوع كما سبق القول ، فمتى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عينا معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات فى حالتين أخريين : (الحالة الأولى) بيع شىء لم يصنع بعد ، كما اذا باع مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئا غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته الى المشترى الا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الغزل الذى يصنع منه النسيج ملكا للمشترى ، بل يبقى ملكا للمصنع الى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبع غزلا وانما باع نسيجا (١) . (الحالة الثانية) بيع

---

(١) هذه هى الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلا الى المشترى ، ولا يشترط غيرها . فتنتقل الملكية الى المشترى اذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقا بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، او تأجيل دفع الثمن ، او دفعه اقساطا على تفصيل سنورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع معلقا على شرط فاسخ . أما اذا كان البيع معلقا على شرط واقف ، فان نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . وقد نصت المادة ٣٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم كما راينا اذ تقول : « ويكون الامر كما تقدم (أى يكسب المشترى ملكية المبيع) حتى فى الحالتين الآتيتين : اولا - اذا كان التسليم او دفع الثمن مربوطا بأجل . ثانيا - اذا كان البيع منعقدا على شرط الالغاء » .

(١) فاذا تم صنع الشىء أو تقديم صنعه لدرجة تكفى لتعيينه ، فان ملكيته تنتقل الى المشترى من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضمانا لدائنيه ولايجوز للبائع اتلافه (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ - الاستاذ انور سلطان فقرة ١٦٠ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥) . وكان الفقه فى فرنسا يذهب الى أن ملكية الشىء الموصى بصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل الا بتسليمه للمشترى وقبوله منه ، فهو بيع على شرط التسليم (vente à livrer) وذلك كالاثاث =

يكون محله تخييريا (alternatif) ، فلا يتعين المبيع فى هذه الحالة الا عندما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى الا عندما يتم الاختيار • وقد رأينا عند الكلام فى الالتزام التخييرى أن اعمال الخيار له أثر رجعى فيستند الى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت اعمال الخيار • أما لو كان المحل بدليا (facultatif) فان المبيع يكون معينا بالذات من وقت البيع ويكون هو الشىء الأصلى لا البديل ، وان كان يحق البائع أن يبرىء ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشىء الأصلى (١) •

وأما أن يكون المبيع مملوكا للبائع فهذا أيضا شرط طبيعى ، فالملكية لا تنتقل الا عن مالك • واذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية

= الموصى بصنعه يبقى على ملك الصانع الى ان يتم تسليمه للمشترى (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢٢ — بلانيول وريبيروراوست ١١ فقرة ٩٢٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥) • ثم اتجه القضاء الفرنسى الى ان نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشىء أو التقدم فى صنعه بحيث يكون ذلك كافيا فى تعيينه كما سبق القول ، وتبع القضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥) • على انه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ان الملكية لا تنتقل الا عند قبول المشترى الشىء الموصى بصنعه وتسلمه اياه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من ان البائع هو الذى يورد الخامات التى يصنع منها الشىء (بيدان ١١ فقرة ١٦٧) •

وفى الاشياء التى تصنع على نموذج واحد (fabrication en série) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعينا بنوعه فقط ، ومن ثم يجب افرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنتقل ملكيته من وقت الافراز (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ — ديموج ٦ فقرة ٦٥ — كولان وكابيتان ١ فقرة ١٩٧٧ — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٦٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥) •

وفى بيع المحصولات المستقبلة اذا كان البيع جزافا ، تنتقل الملكية بوجود المحصول : منذ بدء وجوده وانعقاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند الشك يكون من وقت الحصاد والجمع • واذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية الا بالافراز كما فى سائر بيوع التقدير (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٤) •

والانتاج الفنى لا تنتقل ملكيته الى من اشتراه الا اذا سلمه الفنان للمشترى أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق فى نشر انتاجه متى ارضاه (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٦) •

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ١١ — فقرة ١٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ — فقرة ١١ •

المبيع فان فاقد الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقى فان هذا أجنبى عن البيع فلا يسرى فى حقه . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك عند الكلام فى بيع ملك الغير .

بقى الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية فى العقار على التسجيل ، وفى المنقول غير المعين بالذات على الافراز . كما رأينا . وكل من التسجيل والافراز يدخل فى الأعمال التمهيدية التى يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية الى المشترى ، كما سبق القول (١) . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية الى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلا على ألا تنتقل الملكية الا عند تسليم المبيع الى المشترى أو الا عند القيام باجراءات معينة (٢)، أو يكون البائع غير مالك للمبيع وقت البيع فيتفق مع المشترى على تأخير نقل الملكية الى أن يحصل هو عليها ، أو يتفق المتبايعان على الا تنتقل الملكية الى المشترى الا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فان هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرتب فى الحال التزاما فى جانب البائع بنقل الملكية ، والذى يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثانى) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقا على أجل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان البائع يلتزم - على ماتقضى به المادة ٤١٨ من القانون المدنى - بان يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى ، وهذا الالتزام يشمل قيامه بشهر انهاء الوقف وحقه فيه حتى يتسنى للمشترى تسجيل عقد البيع الصادر له ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه اذ اتخذ من اشتراط الطاعن تحمل البائعة مصاريف الاشهار قرينة على استغلاله لها قد استند الى قرينة فاسدة : نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٦٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٠٤ ص ٦٤٢ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا معلقا على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٣٩ - بودرى وسينيا فقرة ١١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية الى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترن بأجل ، فالأجل يجعلها موقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية الى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلا لنقل الملكية الى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية الى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقى هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية الى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ — البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن — الحالة : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على الوفاء بجميع أقساط الثمن ، وهذا هو البيع بالتقسيط أو الايجار الساتر للبيع لأن المتبايعين كثيرا ما يسميان البيع فى هذه الحالة ايجارا . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدنى ، كما رأينا ، فى صدد هذا البيع اذ تقول : « ١ — اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى

---

(١) وقد درج الفقه فى مصر وفى فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفى رأينا أن هذه نظرة فقهية غير سليمة . فالملكية كما قدمنا حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت ، والاجل توقيت فلا يجوز ان تقترن به الملكية . واذا اتفق البائع مع المشترى مثلا على الا تنتقل اليه ملكية الدار المبيعة الا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة سنة ، أما الرقبة فتنتقل الى المشترى دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير يفى بجميع الاغراض التى قصد اليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه فى سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية فى الرقبة دون المنفعة الى المشترى قبل انقضاء السنة . واذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا ان البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعا ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئا ؟ الواقع أنه يكون فى نفس الوضع الذى احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذى يستطيع ان يستغله وان يتصرف فيه . اما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيده شيئا ، ولاتجدى ملكية الرقبة الا اذا كانت ملكية دائمة .

موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع • ٢ — فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزاء منه تعويضا عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ • ٣ — فاذا وفيت الأقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستندا الى وقت البيع • ٤ — وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا » •

ونقتصر هنا على ايراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفى بالاحالة على ما قدمناه فى ذلك (١) •

٣ — ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذى يترتب على انتقالها فعلا

٢٣٨ — ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر التقنين المدنى كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عينى — ويندرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع — يتضمن فى الوقت ذاته التزاما بتسليم الشىء الذى تعلق به الحق العينى وبالمحافظة على هذا الشىء حتى يتم التسليم• وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم » •

ويبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع الى المشترى وهو التزام بتحقيق

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٩٠ — فقرة ٩٤ •
(٢) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٥ •

غاية ، والثانى التزام بالمحافظة على المبيع الى أن يتم تسلميه للمشترى. وهو التزام ببذل عناية (١) .

وللصفة التبعية التى أثبتناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة فى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم اذا كان التزاما تبعيا ، فانه يكون التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكيـــة ، اذ لا يخلص المبيع ماديا للمشترى الا بتسليمه من البائع . ومن ثم اذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ، حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم الى المشترى ، فالهلاك لا يكون على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا فى هذا الصدد فى الجزء الثانى من الوسيط (٢): « فاذا كان الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل حـــق عينى ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصـــبح غير مالك اذا انتقلت الملكية الى الدائن تنفيذا للالتزام الأصلى بنقـــل الملكية . ويبرر هـــذه القـــاعدة أن الالتزام بالتســـليم فى هذه الحالة ليس فى حقيقته الا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ،اذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن الا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة

---

(١) ويترتب على ان الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية انه اذا لـــم يتم تسليم المبيع الى المشترى ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقوة قاهرة ،كان البائع مخلا بالتزامه ، وينبنى على ذلك نسخ البيع او انفساخه وتحمـــل البائع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم كما سنرى . ويمكن الوصول الى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجـــه الذى سنذكره . ويترتب على ان الالتزام بالمحافظة على البيع التزام ببـــذل عناية ان البائع يعتبر قد قام بالتزامه اذا هو بذل عناية الرجل المعتـــاد فى المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولايكون مسئولا عن هلاك المبيع هلاكا كليا او جزئيا الا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذى بيناه .

(٢) فقرة ٤٣١ .

فى كل من البيع والقسمة » (١) • وسنعود الى هذه المسألة عند الكلام فى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (٢) •

٢٣٩ ــ ما الذى يترتب على انتقال الملكية فعلا للمشترى : فاذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكيـــة المبيع الى المشـــترى ، وهى الشروط السالفة الذكر ، فأصبح المشترى مالكا للمبيع ، ترتبت على ذلك النتائج الآتية :

أولا ــ يكون للمشترى حق التصرف فى المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع • ويستوى فى ذلك العقار والمنقول (٣) • أما المنقول فظاهر ، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها الى المشترى، فلهذا أن يتصرف فى ملكه ولو قبل قبضه من البائع • وأما العقار فالمشترى لا يصبح مالكا له الا اذا سجل عقد البيع (٤) ، فاذا سجل العقد أصبح

---

(١) وهذه هى ايضا القاعدة فى الفقه الاسلامى ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو ان الملكية انتقلت الى المشترى .

(٢) وسنرى هناك اثر الاعذار فى تحمل تبعة الهلاك (م ٢٠٧ مدنى ــ الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) وانظر فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩٦ ــ ٤٠٠ ، وهو كالتقنين المدنى الفرنسى يحمل المشترى باعتباره مالكا تبعة هلاك المبيع قبل التسليم •

(٣) وقد راينا أن المشترى فى اكثر مذاهب الفقه الاسلامى ليس له ان يتصرف فى المبيع قبل قبضة بالرغم من أنه اصبح مالكا له (انظر آنفا فقرة ٢٣١) وقد فارق التقنين المدنى العراقى الفقه الاسلامى فى ذلك ، فنصت المادة ٥٣٢ من هذا التقنين على ان « للمشترى ان يتصرف فى المبيع ، عقارا كان او منقولا ، بمجرد انتقال الملكية اليه ولو قبل القبض » . وهذا هو الحكم ايضا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، اذ تنص المادة ٢٩٥ من هذا التقنين على أنه « يحق للمشترى منذ اتمام العقد ، حتى قبل التسليم ، ان يتفرغ عن المبيع ، مالم يكن ثمة اتفاق او نص قانونى مخالف . ويحق للبائع ان يتفرغ عن حقه فى الثمن قبل قبضه » . وكذلك هذا هو الحكم فى كل من التقنين المدنى السورى والتقنين المدنى الليبى ، طبقا للقواعد العامة فى هذين التقنينين وهى نفس القواعد العامة فى التقنين المدنى المصرى .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ان الملكية فى المواد العقارية لاتنتقل ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة سواء بين المتعاقدين او بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، ومالم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولايكون للمتصرف اليه فى الفترة من تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها : نقض مدنى ٦ ابريل سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ١٦٦ ص ٨٦٢ .

مالكا ولو قبل القبض ، واستطاع أن يتصرف فى المبيع وهو لايزال فى يد البائع (١) .

ثانيا - يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه باعتباره مالكا له ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك ن الأعباء . وقد نصت الفقرة الثانية ن المادة ٤٥٨ مدنى صراحة على ذلك ، اذ تقول : « وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » (٢) .

---

(١) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عقد البيع وكان المبيع لايزال فى يد البائع ، فان المشترى يستطيع حتى هذه الحالة أن يتصرف فى العقار ، وعند تسجيل البيع الاول يصبح مالكا فيكون التصرف الذى صدر منه قد صدر من مالك ، أما بفضل الاثر الرجعى للتسجيل على الراى الذى نقول به ، واما باعتبار أن المشترى وقت أن باع كان لايملك ثم ملك بالتسجيل فينقلب البيع صحيحا طبقا لقواعد بيع ملك الغير السالف ذكرها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كانت حدود الارض المبيعة فى عقد البيع تخالف الواقع ، فالذى انتقلت ملكيته بالبيع هو مايتفق مع التحديد الوارد فى عقد البيع لا التحديد الواقعى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٠) .

(٢) وهذا هو أيضا ما تقضى به المادة ٢/٥٧٢ من التقنين المدنى العراقى اذ تقول : « والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقا للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وتقضى بذلك أيضا المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فتنص على أنه « يجب على المشترى عند صيرورة العقد تاما - مالم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولا - الضرائب والتكاليف وسائر الاعباء المترتبة على المبيع . ثانيا - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثا - مخاطر العين المبيعة » . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن « جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكا للمشترى من تاريخ اتمام البيع . ويجب أن تسلم اليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . أنظر ايضا فى هذا المعنى المادة ٢/٤٢٦ من التقنين المدنى السورى والمادة ٢/٤٤٧ من التقنين المدنى الليبى .

وانظر فى تملك المشترى لثمار المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت ايضا ما يلى فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - ان من =

ثالثا — اذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكا له ، ولا يزاحمه فى ذلك دائنو البائع (١) •

رابعا — تنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى ، لا فى حق المتبايعين وحدهما ، بل أيضا فى حق الورثة والدائنين • فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائن البائع أن ينفذ على المبيع • وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشترى ، ويستطيع دائن المشترى أن ينفذ على المبيع •

خامسا — كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشترى باعتباره مالكا ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٩٦) ، لولا أن التقنين المدنى المصرى — ومعه التقنين السورى والتقنين الليبى والتقنين العراقى — راعى أن الالتزام بالتسليم التزام تبعى كما قدمنا ، فاذا هلك المبيع بسبب أجنبى قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعة الهلاك كما سيأتى •

= آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والنماء من المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل لان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد ومن ثم تكون للمشترى بعقد عرفى صفة المطالبة بريع الارض مدة الاستيلاء عليها : نقض مدنى فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر — نقض مدنى فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٣٢ •

(١) وقد نص التقنين المدنى العراقى صراحة على هذا الحكم فى المادة ٥٣٣ ، وهى تقول : « اذا قبض البائع الثمن ثم افلس قبل تسليم المبيع الى المشترى ، اخذ المشترى المبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر الغرماء » •

المطلب الثـــانى

نقل الملكية فى المنقول

٢٤٠ ـ التمييز بين الشىء المعين بذاته والشىء المعين بنوعـــه : حتى نتبين كيف تنتقل الملكية الى المشترى فى المنقول ، يجب التمييز بين الشىء المعين بذاته والشىء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية فى الحالة الأولى تنتقل فورا بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل فى الحالة الثانيـــة الا بالافراز •

وقبل أن نتناول فى شىء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذاالتمييز يسرى أيضا على العقار ، فهناك عقار لا يعين الا بنوعه كما اذا بيع ألف متر تفرز من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، فتسرى فى هذه الحالة الأحكام التى سنذكرها فى المنقول ، ولا يتعين المبيع ،ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، الا بعد افراز ألف متر بالـــذات وهى المساحة المبيعة (١) • ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، ويغلب كثيرا أن يكون الشىء المعين بنوعه لا بالذات منقولا لا عقارا ، كما كغلب كثيرا أن يكون العقار شيئا معينا بالذات ، فقد عرضنا للتمييز بين الشىء المعين بالذات والشىء المعين بنوعه فى صدد المنقول •

١ ـ الشىء المعـــين بـــذاته

٢٤١ ـ انتقال الملكية فورا بمجرد تمام العقد : فاذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانونا التى أسلفنـــا ذكرها ، فان الملكية تنتقل الى المشترى فورا بمجرد تمام العقد • وعقد البيع ذاته هو الذى ينقل الملكية ، بعد أن ينشىء التزاما بنقلها فـــورا بمجرد نشوئه على الوجه الذى قدمناه • وقد رأينا أن التقنين المـــدنى

---

(١) الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية ، المجلد الثانى ، فقـــرة ٤٢٢ ص ١٠١٤ ـ ص ١٠١٥ •

المصرى قرر هذه القاعدة فى المادة ٢٠٤ مدنى ، وأكدها فى المـادة ٩٣٢ مـدنى (١) .

وتنتقل الملكية فورا بمجرد تمام العقد فى المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير (٢) .

وعقد بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بمـا فى ذلك حـق الايجار ، يعتبر بيع منقول ، تنتقل فيه الملكية بمجرد ابرام العقد وتسرى فى شأنه قاعدة حيازة المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الملكية (٣) .

٢٤٣ – **انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين** : فتنتقل الملكية بمجرد تمام العقد أولا فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصا باع سيارة معينـة بالذات مملوكة له من شخص آخر ، فان ملكية السيارة تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد تمام عقد البيع (٤) . ويترتب على ذلك أن المشترى ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فاذا باعها لمشتر ثان انتقلت ملكيتها من المشترى الأول الى المشترى الثانى بمجرد تمام البيع الثانى ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية فى يد البائع الأول . ولا يعتبر المشترى الثانى « غيرا » ، فسنرى أن الغير هو شخص تلقى حقا عينيا من البائع الأول على نفس المبيع ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٣٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان المطعون ضده الاول قـد قصر طلباته امام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا الطلب ينصـب على الآلة المتنازع عليهـا كما كانت قبل تثبيتها ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى تقرير ان هذه الاله ينطبق عليها عقـد المطعون ضده الاول ، وان ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لانـه يقع على منقول . لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد ، لايكـون مخطئا فى تطبيق القانون : نقض مـدنى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٩٣ ص ١٢٢٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الايجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ١/٩٧٦ مـن التقنين المدنى التى تنص على ان من حاز منقولا بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكاله : نقض مدنى فى ٥ فبراير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٩٣ ص ٤٨٢ .

(٤) الوسيط جـ ٢ فقرة ٤١٧ .

والمشترى الثانى انما تلقى حق الملكية من المشترى الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ ـ انتقال الملكية بالنسبة الى الغير : وتنتقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضا بالنسبة الى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة فى المثل المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتر آخر ، فانه يكون قد باع مالا يملك اذ أن الملكية قد انتقلت منه الى المشترى الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضا بالنسبة الى المشترى الآخر الذى تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة فى يد البائع الأول ، فان الذى يستردها منه هو المشترى الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشترى الآخر بتعويض على البائع الأول اذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى بيع ملك الغير .

واذا سلم البائع الأول السيارة للمشترى الأول ، فانه يكون قد سلمها الى مالكها ، وليس للمشترى الآخر أن يرجع بشىء على المشترى الأول ، وانما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن اذا سلم البائع الأول السيارة للمشترى الآخر ، وكان هذا المشترى الآخر حسن النيه لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشترى الأول (١) ، فانه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشترى الآخر لم يكن مالكالها ، وبيع ملك الغير لا ينقل الملكية بذاته . ولكن المشترى الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل اليه الملكية لامن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشترى الأول الذى أصبح مالكا بالبيع

(١) اما اذا كان المشترى الآخر سيىء النية ، فانه لايملك السيارة بالحيازة . وتبقى السيارة مملوكة للمشترى الاول ، وله أن يستردها من المشترى الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشترى الآخر على البائع الاول كما قدمنا .

الأول كما أسلفنا (١) . ويملك المشترى الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشترى الأول قد باع قبل ذلك السيارة الى مشتر ثان فى المثل الذى قدمناه ، وانما تنتقل الملكية فى هذه الحالة الى المشترى الآخر الحائز بحسن نية لا من المشترى الأول بل من المشترى الثانى الذى أصبح مالكا بالبيع الصادر له من المشترى الأول .

٢٤٤ - انتقال الملكية فى البيع الجزاف : احالة : وقد رأينا أن المادة ٤٢٩ مدنى تنص على أنه « اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل بـه فى الشىء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع ». وسبق أن حددنا متى يكون البيع جزافا ، وبينا أن المبيع اذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج فى تعيينه الى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقديره ، فان البيع يكون فى هذه الحالة جزافا (٢) . وذكرنا أن بيع الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمة هو حكم بيع الشىء المعين بالذات ،فتنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير (٣). ونكتفى هنا بالاحالة الى ما قدمناه فى ذلك .

٢ - الشىء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالافراز : واذا كان المنقول شيئا غير معين

---

(١) الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٤١٧ ص ١٠٠٧ - وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ وفى الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية المنقحة، المجلد الثانى ص ١٠٠٧ هامش رقم ١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١١٩ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان المبيع جزافا فان الملكية حين تنتقل الى المشترى بمجرد تمام العقد طبقا للمواد ٤٢٩ و ٢٠٤ و ٩٣٢ من القانون المدنى ولوكان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد اعلمه بذلك : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢ .

بالذات بل معينا بنوعه (١) ، وكان البيع بالتقدير (٢) ، لم تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه فى الشىء المعين بالذات ، وانما تنتقل بافراز المبيع وجعله بالافراز معينا بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشىء قبل افرازه غير معروف بالذات ، فهناك اذن استحالة طبيعية فى أن تنتقل ملكيته الى المشترى قبل الافراز (٣) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدنى اذ تقول : ١ — اذ ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء . ٢ — فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض (٤)» ثم أكدته المادة ٥٢٣ مدنى اذ تقول : « المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥ » .

٢٤٦ — كيف تنتقل الملكية بالافراز — احالة : وقد قدمنا فى هذا الجزء من الوسيط (٥) ، وفى الجزء الثانى منه (٦) ، كيف يكون الافراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وان كان المألوف فى التعامل أن يتم الافراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما اذا كان الشىء غير المعين الا بنوعه نقود (٧) أو غير نقود (٨) . وبينا أن البيع يرتب فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الافراز (٩) .وذكرنا كذلك ألا فرق فى تحمل تبعة الهلاك أن يهلك الشىء قبل الافراز أو بعده (١٠) . فنكتفى هنا بالاحالة الى ما قدمناه هناك .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١١٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١١٨ .

(٣) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٤) انظر فى هذا النص الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٩ .

(٥) انظر آنفا فقرة ١٢٠ .

(٦) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ — فقرة ٤٢٢ .

(٧) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٨) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٩) انظر آنفا فقرة ١٢٢ .

(١٠) انظر آنفا فقرة ١٢١ .

٢٤٧ – الحكم فيما اذا امتنع البائع عن الافراز – احالة : واذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من افراز المبيع ، جاز للمشترى أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع . بل ويرجع أيضا بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع فى تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشترى القاضى فى ذلك ، فاذا كانت الظروف لا تحتمل الابطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد اعذار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط (١) ، فنكتفى هنا بالاحالة الى ما قدمناه فى ذلك .

٢٤٨ – نقل الملكية فى الأشياء المصدرة الى المشترى : تنص المادة ٩٤ من التقنين التجارى على أن «البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ، مالم يوجد شرط بخلاف ذلك » . وانتقال الملكية هنا يكون بالافراز طبقا للقاعد التى اسلفناها . ولكن الافراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هى التسليم (٢) ، فما لم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فان المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم ، فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذى يتحمل تبعة الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية الى المشترى وتنتقل معها تبعة الهلاك . ونرى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم وفقا للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضا مالكا للمبيع اذ الملكية لا تنتقل الا بالتسليم . ومن ثم لم تتعارض القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم : لأن البائع هنا هو المالك .

ويبقى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية الى المشترى فتنتقل اليه تبعة الهلاك(٣) . ولا تخرج الحال

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .
(٢) فيتم الافراز عند التسليم .
(٣) وكذلك اذا افلس البائع والبضائع فى الطريق ، جاز للمشترى اخذها اذا كانت الملكية انتقلت اليه عند الشحن ، ولايجوز له ذلك اذا كانت =

عن أحد أمرين : ١ ـ فاما أن يتم التسليم عند الشحن أى فى محطة التصدير ، فاذا تم الشحن انتقلت الملكية الى المشترى ، وكانت تبعة هلاك البضائع فى الطريق عليه • ٢ ـ وأما أن يتم التسليم عند التفريغ اى فى محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية الى المشترى بالشحن بل تتراخى الى حين وصول البضائع ، وتكون تبعة هلاك البضائع فى الطريق على البائع الذى يبقى مالكا لها الى حين وصولها الى محطة التوريد •

يغلب أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين • فاما أن يتفقا على أن يتم التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة فى النقل البرى عند اشتراط التسليم فى محطة الشحن (franco gare départ) وفى النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) • وفى هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك الى المشترى بمجرد الشحن كما قدمنا وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشترى ، ويتكفل المشترى بدفع مصروفات النقل والتأمين الناولون • وقد يوكل المشترى البائع فى اختيار السفينة وفى التأمين عليها اقتصادا لأجر الوسيط ، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناولون : (coùt-assurance-frêt, Caf-cost-insurance - freight: Cif) (٢) ولا يعتبر تسليم البضائع

= ملكية البضائع فى الطريق لاتزال للبائع (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٤٦ ـ ص ٢٤٠ ـ الاستاذ محمد على امام فقرة ١١٥ ص ٢١٦ ـ ص ٢١٧) •

وقضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما اذا نسب الى البائع تقصير فانه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) •

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ ـ ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ •

(٢) انظر فى القضاء المختلط فى البيع .C.I.F وفى ان مسئولية خطر الطريق على المشترى لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ ـ ١٤ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ ـ ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ ـ ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ ـ ١٣ =

= فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ص ١٢٨ — ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ — ٨ مارس سنة ١٩٣٣م ٤٥ ص ١٩٦ — ١١ ابريل سنة ١٩٣٤م ٤٦ ص٢٤٥ — ٢٠ نوفمبر سنة١٩٣٥م ٤٨ص٣١ — ١٢ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ص٣٠٩ — ١٢ نوفمبر سنة١٩٤١م٥٤ ص ٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ — ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ — ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣م ٥٦ ص ٢١ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ — ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ — ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ — ص ٩٠ — ١٩ ابريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ ص ١٨١ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ص ٢٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ — ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ — ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ — ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن البيع (Cif) معناه وفاء البائع ثمن البضاعة واجرة التامين وناولون الشحن وتحمل المشترى مسئولية العجز او التلف الحاصل للبضاعة بعد الشحن (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن البيع « سيف » يتم بتسليم البضاعة عند السحب وتنتقل ملكيتها الى المشترى بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه ويلتزم البائع تبعا لذلك بالقيام بشحن البضاعة المبيعة وبابرام عقد نقلها ودفع نفقات النقل ، وبابرام عقد التامين عنها لصالح المشتري ولحسابه وفقا للشروط المعتادة فى ميناء الشحن وارسال المستندات المتعلقة بالبضاعة الى المشترى ، وهى سنة الشحن المثبت لشحن البضاعة ووزيقة التامين وقائمة البضاعة حتى يتمكن المشترى من تسلمها لدى وصولها ، والدفاع عن حقوقه اذا كان بها عجز او تلف . واذ كان ذلك ، فان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى ان البيع قد تم بطريق (سيف) وان التامين على البضاعة المرسلة الى روتردام انما كان لحساب ومصلحة المشترى المرسل اليه ، وانه لذلك يكون هو وحده صاحب الصفة والمصلحة مطالبة شركة التامين بالتعويض عما اصابه من تلف ولا صفة للبائع فى هذه المطالبة لان البضاعة خرجت من ملكيته ، لا يكون مخالفا للقانون : نقض مدنى فى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٢٦ — ونقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣ المجموعة السابقة السنة ٢٤ ص ١٣٦٣ .

وانظر فى البيع (Fob) اى باشتراط تسليم للسفينة : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ — ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ — ٨ يونية سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان الثابت من الاوراق أن التعاقد قد تم بين البائع والشركة المشترية على بيع البضاعة (F.O.B.) وكان مفاد هذا =

قد تم الا اذا أرسل البائع للمشترى البيانات الدالة على ذلك (١) . واما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفى هذه الحالة تبقى البضائع ملكا للبائع ، وعيله تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصرروفات النقل ، ولا تنتقل الملكية الى المشترى وتنتقل معها تبعة الهلاك الا اذا وصلت البضاعة سليمة الى محطة التوريد .

فاذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب فى المسائل المدنية تطبيق المادة ٤٣٦ مدنى وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ فى محطة التوريد ، اذ تقول : « اذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »(٢). أما فى المسائل التجارية ، فيراعى مع هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله اذا كان المبيع بضائع ، أى منقولا غير معين الا بنوعه . أما اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم الا فى مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل

= التعاقد يتم تسليم البضاعة من ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينة ، وان تبرأ منذ ذلك الوقت ذمة البائع من الالتزام بالتسليم وتنتقل ملكية البضاعة الى الشركة المشترية التي تلتزم وحدها بمخاطر الطريق ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول والتأمين عليها ولها أن تنيب البائع فى ابرام التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلا عنها : نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٩٧٩ — ونقض مدنى فى ٣ أبريل سنة ١٩٧٣ المجموعة السابقة السنة ٢٤ ص ٥٥٩ — ونقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤ المجموعة السابقة السنة ٢٥ رقم ٢٢٥ ص ١٢١٥ — ونقض ٢٢ أبريل سنة ١٩٨٥ طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٤٢ قضائية ، لم ينشر .

(١) والبيانات هى فى النقل البحرى اسم السفينة والعلامات أو الارقام التى تحملها البضائع . وفى النقل البرى اذا كان التسليم فى محطة الشحن، قد يلتزم البائع بحجز العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon). انظر فى كل ذلك بيدان ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق ينص فى المادة ٢٣٣/١٧٠ على أن الوفاء يكون فى موطن المتعهد أى ان التسليم يتم فى محطة الشحن لا فى محطة التفريغ (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التقنين السابق على كل العقود التى تمت قبل يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الاستاذان انور سلطان فقرة ١٦١ وص ١٨١ هامش رقم ١ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١١٥ .

التسليم على البائع الا على المالك (المشترى) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجارى الى نطاق التعامل المدنى (١) •

المطلب الثالث

نقل الملكية فى العقار

٣٤٩ — **لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل** : أما اذا كان المبيع عقارا ، فان الملكية ، سواء فى حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل الا بتسجيل عقد البيع • وقد أشارت الى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدنى عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » • ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدنى هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » • ونجد بين النصوص التى تشير اليها المادة ٩٣٢ مدنى النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٤٣ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : « ١ — فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، الا اذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى • ٢ ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » (٢) •

واذا كان نظام الشهر العقارى لاتقتصر منطقته على عقد البيع ،

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٣١١ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى قضائها ان آلات المطحن الثابتة فى الارض على سبيل القرار تعتبر عقارا لا تنقل ملكيته الا بالتسجيل : نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٣٦ ص ٨٣١ •

اذ هو يمتد الى جميع العقود الناقلة للملكية، بل والى العقود غير الناقلة للملكية ، بل والى الأحكام والسندات كما رأينا فى النص ، فان عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التى يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشارا ، فيحسن الالمام بنظام الشهر العقارى فى مناسبة الكلام فى تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصرى على هذه السنة •

فنستعرض أولا تطور نظام الشهر العقارى فى مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك فى كثير من الايجاز وموضع التفصيل فيه يكون عند الكلام فى أسباب كسب الحقوق العينية، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة •

١ - تطور نظام الشهر العقارى فى مصر

٢٥٠ - **نظام الشهر بوجه عام** : الحق العينى بطبيعة نافذ فى حق الكافة ، فكان الواجب شهره أى ايجاد طريقة تيسر لذى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذا فى حقه ، حتى يعتد به ويدخله فى حسابه عند التعامل • فاذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتى هى نافذة فى حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلا استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير البائع لم يقدم على الشراء أصلا •

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التى هى مصدر لها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها • ويكون اثبات هذه التصرفات اما بطريقة التسجيل (transcription)[٣] ، وهى اثبات حرفى للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لذى المصلحة معرفة جميع ما ورد فى التصرف، وهذه الطريقة ضرورية فى الحقوق العينية الكاملة • واما بطريقة القيد (inscription) وتقتصر على اثبات البيانات الجوهرية الواردة فى التصرف ، وهى البيانات التى يهم ذا المصلحة العلم بها • وهذه الطريقة كافية فى الحقوق العينية التبعية أى التأمينات العينية ، وهى الرهون

وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكفى اثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما الى ذلك من البيانات الجوهرية ٠

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع الا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار ٠ لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لاتثبت عادة فى محررات حتى يمكن شهرها ، هذا الى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها ٠ ومع ذلك فهناك واقعة مادية هى الموت وما يرتبه من حق الارث يمكن أن تخضع لنظام الشهر ــ وقد أخضعت فعلا لهذا النظام فى قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ ــ لأهميتها ولسهولة اثباتها فى محرر يكون صالحا للشهر ٠ ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقعة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر فى مكان معين ٠ ومع ذلك فمن المنقولات ما يجرى فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لامكان تركيز شهره فى مكان معين ، وذلك كالمتاجر والسفن ٠ وتقوم الحيازة فى المنقول مقام الشهر فى حماية الغير حسن النية ٠ على أن هناك حقوقا شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الايجار الواقع على عقار ، فعقود الايجار والمخالصات بالأجرة وحوالتها اذا زادت على مدة معينة تكون هى أيضا خاضعة لنظام الشهر ٠

وفى الحدود التى تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضروريا للتعامل فى العقارات وللائتمان العقارى ٠ فمن يريد التعامل فى عقار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يثقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره ، فلا يقدم على التعامل الا وهو عارف بحالته ٠ ومن يقدم على اقراض الغير فى مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف ان كان هذا العقار مملوكا فعلا للمدين حتى يكون حق رهنه مأمونا ، ويعنيه أيضا أن يعرف هل ثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين ٠

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام للشهر ، بل ان نظم الشهر

قديمة الى حد أن المؤرخين يرجعونها الى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصى ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العينى أو السجل العقارى (Livre foncier) ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاما سديدا ، يجب أن يكون محكما فى ترتيبه وفى حجيته . أما فى ترتيبه ، فينبغى أن يكون من شأن الترتيب الذى يضعه لتسجيل التصرفات وقيدها أن ييسر لذوى الشأن معرفة ماتهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما فى حجيته ، فينبغى أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف الا بعد التحرى من صحته فاذا ما شهر كانت صحته مقطوعا بها ، فيكون للشهر هذه الحجية المطلقة .

ونظام الشهر الشخصى معيب من هاتين الناحيتين . فهو مغيب من ناحية الترتيب ، اذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقا لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاما شخصيا . فصاحب المصلحة لايعرف من سجلاته الا الشخص الذى تصرف فى العقار ، ولا يفيد هذا حتما كل مواقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص فى عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقى فى العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين فى موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشترى من المالك ، اذ يجد التصرف الصادر للمشترى من المالك مسجلا تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليما . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشترى من غير المالك دون أن يعلم ، اذ يجد التصرف الصادر للمشترى من غير المالك مسجلا تحت اسم هذا الأخير ، فيكون التعامل معيبا . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصى الغرض الذى وضع من أجله . ثم ان هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فان التصرفات التى تشهر فى هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فان كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وان كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر فى هذا النظام لا يبطل عقدا صحيحا ، ولا يصحح

عقداً باطلاء بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحا كان أو باطلا ، سليما كان أو معيبا . وهذا النظام الشخصى للشهر يسود العالم اللاتينى ، فهو النظام القائم فى فرنسا (١) وفى بلجيكا (٢) وفى ايطاليا (٣) وفى كثير من البلاد اللاتينية . وهو النظام الذى لايزال قائما فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سنرى .

أما نظام الشهر العينى أو السجل العقارى (Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقا لأسماء الأشخاص ، بل وفقا للعقار ذاته ومن هنا كان نظاما عينيا . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى ، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق . فاذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع الى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير ما يمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم ان نظام الشهر العينى محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تشهر لايتم شهرها الا بعد التحرى عن صحتها تحريا بالغا فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو

---

(١) كان التقنين المدنى الفرنسى يقرر أن الملكية فى العقار تنتقل بالعقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير ، الا اذا انتقلت بعقد تبرع كالهبة فلا يحتج به على الغير الا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للاحتجاج بها على الغير . وفى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (داللوز الدورى ١٩٣٥ — ٤ — ٤١٩) أضاف الى التصرفات الواجبة التسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، تسرى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (داللوز انسيكلوبيدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر فى الحقوق العينية الاصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعى سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر ١٨٥١ .

(٣) التقنين المدنى الايطالى م ٢٦٤٣ وما بعدها .

معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق باجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العينى الى المتصرف له لابناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العينى هو نقل الحق العينى لا مجرد اعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيبا فى الحالات التليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذىأسلفنا ذكره ، ومع ذلك اذا شهر هذا التصرف المعيب انتقلالحق بالشهر لا بالتصرف كما قدمنا ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة للسجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الاضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكأن فى هذه الرسوم جزءا هو بمثابة تأمين للمنتفعين بالسجل العقارى . والذى يمنع من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة هو ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة فى مسح جميع الأراضى قبل ادخاله ، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها ، تمهيدا لاثبات كل ذلك فى السجل العقارى . وتزيد الصعوبات اذاكثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبكت الحقوق القائمة عليها ، كما هى الحال فى مصر حيث شرع فى ادخال النظام منذ أكثر من ثلاثين عاما ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ولما يتم تعميم هذا النظام فى مصر رغم صدور قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ كما سيرد ذكره فيما بعد . وانما يسهل نسبيا ادخال نظام السجل العقارى فى بلد بكر لم تتجزأ فيها الملكيات ولم تتفتت الى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هى الأصل الغالب . وهذا هو السبب فى أن النظام طبق أولا فى استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) فسمى التشريع الذى أدخل النظام بتشريع تورنس (acte Torrens)

ثم أدخل الفرنسيون النظام فى تونس فى سنة ١٨٨٥ ، وفى كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضا بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقى النظام فى البلاد العربية التى كانت جزءا من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائما فى العراق (١) وفى سورية وفى لبنان . وقد عدلته تشريعات كثيرة

---

(١) انظر فى نقل الملكية فى العقار بالبيع فى القانون العراقى الاستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ — فقرة ٣٦٧ والاستاذ حسن على الذنون فقرة ١٤٧ — فقرة ١٥٥ . وينتقد الاستاذ الذنون ما جاء فى المادة ٥٠٨ مدنى عراقى من أن بيع العقار لاينعقد الا اذا سجل فى الدائرة المختصة ، فاصبح البيع عقدا شكليا لا يتم الا بالتسجيل .

وقد قام خلاف فى الفقه العراقى فى قيمة العقد غير المسجل فى دائرة الطابور . والنصوص القانونية الواجب النظر اليها فى هذه المسألة هى : ١ — م ٥٠٨ مدنى عراقى : « بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل فى الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون » . ٢ — م ١١٢٦ مدنى عراقى : « ١ — تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول والعقار . ٢ — والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا . ٣ — م ١١٢٧ مدنى عراقى : « التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض فى التعهد ام لم يشترط » .

ويؤخذ من هذه النصوص : أولا — أن بيع العقار فى القانون العراقى عقد شكلى لا يتم الا بالتسجيل فى دائرة الطابور . ومن ثم لا تنتقل الملكية الى المشترى ، بالنسبة الى الغير وفيما بين المتعاقدين ، الا بالتسجيل فى هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل . ثانيا — التعهد السابق على البيع — وهو التعهد المنصوص عليه فى المادة ١١٢٧ مدنى عراقى — عقد غير مسمى ، فهوليس اذن بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، اذا به اخل المدين التزم بالتعويض. وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لان مصدره هو هذا التعهد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فاذا اتفق المتعاقدان فى هذا التعهد على مقدار التعويض — وهذا مايسمى بالشرط الجزائى — جاز للقاضى الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائى اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحا ، او بعدم استحقاقه أصلا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر ، وكل هذا تطبيقا للقواعد المقررة فى الشرط الجزائى (انظر م ١٧٠ مدنى). واذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائى ، فان هذا لايمنع القاضى من تقدير التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه ، طبقا للقواعد المقررة فى هذا الصدد (انظر م ١٦٩ مدنى عراقى) ، ومصدر هذا التعويض الذى يقدره القاضى هو ، كمصدر الشرط الجزائى ، المسئولية العقدية دائما وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك ان القول بأن مصدر التعويض عن الاخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار المنصوص عليه فى =

بعد أن استقلت هذه البلاد وبخاصة فى سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون فى عهد الانتداب تشريعا عقاريا شاملا بهذا النظام (١) .

وقد اصدر المشرع المصرى القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤، بالاخذ بنظام السجل العينى على ان يطبق تدريجيا على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة وقد صدرت لائحته التنفيذية برقم ٨٢٥ لسنة ١٩٧٥ بتاريخ ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٥ ، كما اصدر وزير العدل عدة قرارات وزارية بتحديد المناطق التى يجرى مسحها مسحا حديثا وتطبيق قانون السجل العينى فيها . وقد أدخلت تعديلات على القانون المشار اليه بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ كما عدلت لائحة التنفيذية بقرار وزير العدل رقم ٩٤٨ لسنة ١٩٧٦ بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٧٦ .

ومقدر للانتهاء من مسح مناطق جمهورية مصر العربية مسحا حديثا لتطبيق وتعميم نظام السجل العينى مدة تجاوز ثلاثين عاما ، يستمر خلالها العمل بنظام الشهر الشخصى الصادر به قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

والآن وقد ألممنا بنظام الشهر العقارى ، ننظر كيف تطور هذا فى مصر .

= المادة ١١٢٧ مدنى عراقى هو المسئولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، اذ المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الاستاذ الذنون فقرة ٤١٨) . وكذلك القول بأن هذا التعهد المنصوص عليه فى المادة ١١٢٧ مدنى عراقى يتحول من عقد بيع باطل الى عقد غير مسمى ليس سليما ، ولسنا هنا فى حاجة الى التحول ، فان العقد ينشأ منذ البداية عقدا غير مسمى صحيحا ملزما ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك الى عقد غير مسمى (قارن الاستاذ الصراف فقرة ٣٣٩) .

وقد كان من الخير ان يجعل هذا التعهد المنصوص عليه فى المادة ١١٢٧ مدنى عراقى ملزما بنقل الملكية عينا ، فلا يقتصر على الالزام بالتعويض . وهذا هو مايقرره القانونان الالمانى والسويسرى ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقى بنظام السجل العقارى .

(١) انظر فى نقل ملكية العقار بالبيع فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ وما بعدها . وفى القانون المدنى السورى عقد البيع غير المسجل ينشىء التزاما بنقل الملكية يجوز تنفيذه عينا ولا يكتفى بالتعويض) الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ — فقرة ٨٩) .

٢٥١ - عهود أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ ليعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقارى قائما بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء من أول ينـاير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائما بموجب نصوص التقنين المدنى القديم . أمـا قبل هذا التقنين ، فلم يكن فى مصر نظام للشهر .

فنستعرض اذن عهودا أربعة : ١ - العهد السابق على التقنين المدنى القديم ٢ - نظـام الشـهر فى التقنين المـدنى القـديم . ٣ - نظام الشـهر فى قانون التسـجيل الصـادر فى سـنة ١٩٢٣ . ٤ - نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم فى الوقت الحاضر .

هذا بالاضافة الى نظام السجل العينى الجارى تطبيقه تدريجيـا فى المناطق التى يتم مسحها مسحا حديثا بالتطبيق لأحكام القـانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن نظام السجل العينى .

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدنى القـديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر فى ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدنى القديم - التقنين المدنى المختلط فى سنة ١٨٧٥ والتقنين المدنى الوطنى فى سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك فى مصر نظام معـروف لشـهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الاسلامية هى المعمول بها فى ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع نظاما للشهر (١) .

٢٥٣ - نظام المكلفات الادارية : على أنه ممـا خفف من عيـوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام ادارى وضع لجبى الضرائب العقارية

---

(١) وقد قضت المحاكم المختلطة بان الشريعة الاسلامية هى التـى تسرى على عقود البيع فيما بين الاهالى قبل صدور التقنينات الحديثـة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبانه كان يكفى لانعقاد البيع توافق الايجاب والقبول على المبيع والثمن (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠) .

عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضى فى عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد الا حق الانتفاع بها انتفاعا مؤقتا فى نظير جعل سنوى يقابل الضريبة العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتما بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه الى آخر فى حال حياته . ثم أبيح بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفى سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة وجعل للزراع الحق فى التصرف فى أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث الى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض فى حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضى الشرعى ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضى الشرعى قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التى صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك فى دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل فى سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية اثبات كل تغيير فى شخص الملتزم بالضريبة العقارية فى المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع فى الأصل لتنظيم جبى الضريبة العقارية بواسطة المكلفات واثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة، يستخدم فى الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، اذ كان السجل الخاص بكل مديرية علينا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأراضى .

ويخلص من ذلك أن التصرف كان شكليا لابد من تحريره فى حجة رسمية بواسطة القاضى الشرعى . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل الى المتصرف اليه الا بعد تسجيله فى سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لاينتقل حقه الى ورثته ، أما اذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل الى الورثة (١) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ — ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ — ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ — ٢٣ يناير سنة =

المرحلة الثانية ـ نظام الشهر فى التقنين المـدنى السـابق

٢٥٤ ـ اقتباس نظام الشهر الفـرنسى : وفى عهـد الاصـلاح القضائى ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحـاكم الوطنيـة ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب التى قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى السابق معمولا بها فى حالـة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ـ وهذا هـو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى الكلام فيه ـ فتسرى عليها أحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وهى بالذات نصوص التقنين المدنى السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم اشـهر العقـارى المعمول به اليوم فى هذا المعنى على أنه « لايسرى هذا القانون عـلى المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتا رسميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هـذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكـام القـوانين التى كانت سارية عليها » (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ ـ نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام الشـهر :

= ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ ـ ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ ـ ومـع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفى توافق الايجاب والقبول لانعقاد البيع وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية وان حجة البيع ليست الا للاثبات (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقـد سبقت الاشارة اليه ـ ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ ـ ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ ـ ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الاشارة اليه) .

(١) وانظر ايضا فى هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ .

النصوص الرئيسية التى تضع نظام الشهر العقارى فى التقنين المدنى السابق هى :

أولا — نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة الى تسجيل • وهذا هو نص المادة ٦٠٦/٧٣٢ ، وتجرى على الوجه الآتى : « فى جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية فى حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العينى أو بأى شىء يترتب عليه هذا الانتقال قانونا » (١) •

ثانيا — نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة الى الغير الا بتسجيل التصرفات القانونية التى هى مصدر لها ، دون الوقائع المادية كالميراث • فتنص المادة ٦٠٩/٧٣٥ على ما يأتى : «وفى مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » • وهذه القواعد منصوص عليها فى المواد ٦١٠ / ٧٣٦ — ٦١٣ / ٧٤٠ ، وتجرى هذه النصوص على الوجه الآتى : م ٦١٠/٦٣٧ — « ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت آيلة بالارث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة » — م ٦١١ / ٧٣٧ — « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشتملة على ترك هذه الحقوق تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية » • م ٦١٢/٧٣٨ — ٧٣٩ — « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التى من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضا ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد والعقود المشتملة على قسمة عين العقار » • م ٦١٣/

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى ظل القانون المدنى القديم وقبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ان الملكية فى العقار تنتقل الى المشترى بمجرد التعاقد دون حاجة الى التسجيل : نقض مدنى فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٥ ص ١٥٧٨ •

٧٤٠ — « وكذلك يلزم تسجيل عقود الايجار الذى تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة عن ثلاث سنين لأجل أن تكـــون حجة على غير المتعاقدين » •

ثم تنص المادتان ٦١٥/٧٤٢ — ٦١٦/٧٤٣ على الجـــزاء المترتب على عدم التسجيل ، وتجريان على الوجه الآتى : م ٦١٥/٧٤٢ — « فى حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون » • م ٦١٦/٧٤٣ — « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط فى أن يتحصلوا على تنزيل مدة الايجار الى تسع سنين اذا كانت مدته زائدة عليها ، وفى ارجاع ما دفع مقدما زيادة عن أجر الثلاث سنين » •

تتأيد النصوص المتقدمة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد فى أسباب الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٤٧/٦٩ وتجـــرى على الوجه الآتى : « أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيهـــا لاتثبت بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » • والنص الثانى ورد فى نصوص البيع ، وهو نص المـــادة ٢٧٠/٣٤١ وتجرى على الوجه الآتى : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » •

ثالثا — نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تقضى بأن الحقوق العينية لا تنتقل بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، وهى المـــواد ٦١٧/٧٤٤ — ٦١٩/٧٤٦ ، وتجرى على الوجه الآتى :

م ٦١٧/٧٤٤ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشىء معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاســـتعمال أو السكنى بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » •

م ٦١٨/٧٤٥ : « وانما يجوز هذا الاحتجاج لمن جاز الحق بمقابل

من الموهوب له أو الموصى له اذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٦١٩/٧٤٦ : في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعا — نصوص تقرر نظام القيد في الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار ليجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد رأينا أنه كان خاضعا لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالاشارة الى هذه النصوص المتفرقة ، فهى في الرهن الرسمى المواد ٥٦٥/٦٨٩ — ٥٦٦/٦٩٠ ، وفي حق الاختصاص المواد ٥٩٦/٧٢٢ — ٦٠٠/٧٢٦ ، وفي حقوق الامتياز العقارية المادة ٦١٤/٧٤٢ . وكان يكتفى في حفظ حق امتياز بائع العقار بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابعا /٧٢٧ سادسا) .

خامسا — نصوص تنظم عملية التسجيل ودفاتره ، ونكتفى بالاشارة اليها وهى المواد ٦٢٢/٧٥٠ — ٦٤١/٧٧٤ .

٢٥٦ — ما يستخلص من النصوص المتقدمة : ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدنى السابق كان يخضع الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، باستثناء الرهن الحيازى العقارى وحق امتياز بائع العقار ، فان الحق الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثانى كان يجوز حفظه بتسجيل عقد البيع . وغنى البيان أن القيد في الحقوق العينية التبعية كان ضروريا لامكان الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزا جوهريا : فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعدين دون حاجة الى التسجيل ، أما بالنسبة الى الغير فكانت لا تنتقل الا بالتسجيل .

٢٥٧ — عيوب نظام الشهر فى التقنين المدنى السابق : قدمنا أن عيوب نظام الشهر في التقنين المدنى السابق هى عيوب نظام الشهر الشخصى من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . ونزيد هنا ناحية ثالثة

هى ناحية الحصر ، فليست كل التصرفات التى ينبغى شهرها واجبة الشهر فى هذا النظام .

ونجمل الكلام فى هذه العيوب فيما يأتى :

أولا – من ناحية الترتيب – تعدد جهات الشهر : الشهر فى هذا النظام يتم وفقا لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جسامة أن الشهر ليس مركزا فى جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

فأما أن الشهر يتم وفقا لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسى لنظام الشهر الشخصى ، وهو العيب البارز فيه . وقد قدمنا أن صاحب المصلحة لا يستطيع أن يعرف فى هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من تصرفات وهذا هو الذى يعنيه ، بل ان ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص معين من التصرفات وهذا قد يفى بحاجته وقد لا يفى (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزا فى جهة واحدة ، فذلك راجع الى النظام القضائى الذى كان قائما فى ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر فى ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم

---

(١) وتزيد الصعوبة باختلاف ابجدية اللغة العربية عن اجدية اللغة الاجنبية ، وبتعدد اللغات الاجنبية التى تكتب بها الاسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحسبه مكتوبا بحسب التهجية الفرنسية فلا يجده فيوقن ان الشخص الذى يحمل هذا الاسم لم تصدر منه تصرفات . والواقع ان هذا الشخص صدرت منه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لان اسمه يكون مكتوبا بحسب التهجية الايطالية وهذه تختلف عن التهجية الفرنسية .والامثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقى فى كتابه « الشهر العقارى علما وعملا » (ص ٥٢) مثلا فيما كتبه بصدد قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ويصدق على ماقبله ، حيث يقول : « فثمة صعوبات ومساوىء كبيرة نشأت من اختلاف الابجدية العربية عن ابجدية اللغا تالاجنبية . بل ان هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها الهجائية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذى يلفظ بالايطالية OU فاذا فرضنا أن طالبا تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندى Guindi ، وان الكاتب المكلف وهو ايطالى مثلا كتب الكلمة من العربية للايطالية Mourad , Guindi فالشهادة التى تعطى على أساس ذلك البحث لن تكون من الاسم الصحيح ، وبالتالى قد تكون سلبية ، فى حين انها لو عملت عن الاسم الصحيح لكانت ايجابية » .

الوطنية • وكان الشهر يصح قانونا فى أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذا فى حق الأجانب الا اذا تم فى المحاكم المختلطة (١) • ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم فى قلم كتاب هذه المحاكم ، اذ يكون نافذا فى حق المصريين والأجانب جميعا • ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية فى التصرفات غير المعروفة فى المحاكم المختلطةوهى الوقف • واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيد حقوق الأختصاص من تلقاء نفسها اذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية • فكان ذو المصلحة اذا احتاط لأمره يبحث فى كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التى تعنيه •

ثانيا — من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر فى التقنين المدنى السابق حجية كاملة كالحجية التى تقترن بنظام الشهر العينى أو السجل العقارى • فان الشهر بموجب نظام التقنين السابق ليس الا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علاته وبجميع ما ينطوى عليه من عيوب • فاذا كان التصرف صحيحا قبل الشهر صحيحا بعده ، واذا كان باطلا أو قابلا للابطال أو مشوبا بأى عيب آخر ظل بعد الشهر مشوبا بهذا العيب • فالشهر لا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا ، كما قدمنا • فاذا صدر بيع مثلا من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقدا قابلا للابطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية الى المشترى ولو بعد أن يسجل • أما فى نظام

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — وانظر فى تبادل الاحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقى « الشهر العقارى علما وعملا » ص ١٠ وص ١٧ — وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافى المحاكم المختلفة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تتسلمه من المحررات المشار لالغاء وظيفة الموظف المختلط الذى كان ينتدب باقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلفة بدورها بان توافى المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تتسلمه من المحررات المشار اليها لكى تسجل لديها فى سجلات خاصة معدة لذلك .

الشهر العينى فان هـذا البيع متى سجل ينقل الملكية الى المشترى بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، ويأخذ المالك الحقيقى الذى سلب ملكه على هذا الوجه تعويضا عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر •

وزاد من جسامة هذا العيب أن المحررات التى كانت تقدم الشهر كانت تقبل كما هى ، دون فحص أو تحر للاستيثاق من صحتها • وكـان الناس يلجأون فى تحرير تصرفاتهم الى الكتابة العرفية لتجنب نفقـات التوثيق ، وكثيرا ما كانت تأتى هذه التصرفات غـير محكمة التحـرير ، سواء فى تعيين شخصية المتعاقدين أو فى وصف العقار وتحديده • بـل انه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزورا ، اذ لم يكن يطلب التصديق على امضاء المتعاقدين ، فكثر من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة •

ثالثا — من ناحية الحصر : ولم تكن كـل التصرفـات التى ينبغى شهرها واجبة الشهر طبقا لنظام التقنين المدنى السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات حصرا دقيقا يشملها جميعا • وقد شاع القصـور فى شهر التصرفات ، ويرجع ذلك الى أسباب أربعة :

١ — لم يكن التسجيل ضروريا لنقل الحقوق العينية فيما بـين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافيا لذلك ، وهذا مبدأ جوهرى مـن مبادىء نظام الشهر فى التقنين المدنى السابق أخذه عن نظام الشـهر الفرنسى كما قدمنا • وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيرا مـن المتعاملين كانوا لا يلجأون الى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحـق قد انتقل اليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم • وهذا الاطمئنان الذى لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشـجع عليه الرغبة فى تجنب اجراءات الشهر ونفقاته • فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناوله الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيرا ما يلجأ المتصرف الأول الى التصرف مرة أخرى فى العقار غشا منه • فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كمـا كـان كثير

من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلا مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتهـــا •

٢ — ويفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها، فان القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر • فهو لا يدخل فى هذه المنطقة الا التصرفات فيما بين الأحياء • ويترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعا للشهر سبب هام من أسباب نقـل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل انه ليس بتصرف قانونى • وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدنى السابق على هذا الحـكم صراحة كما رأينا ، اذ تقول :« ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنهـا اذا كانت آيلة بالارث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة » • فـلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعا فى نقل الحقوق • وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لاتدخل فى نطـــاق التصرفات فيما بين الأحياء اذ هى تصرف لما بعد الموت • وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واســعة قد انفرجت فى بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية فى العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك •

٣ — وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى فى التصرفـــات ما بين الأحياء ذاتها • فالمشروع قد ذكر فى المادة ٧٣٧/٦١١ الحقـوق الخاضعة لنظام الشهر وهى « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقــوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشـــتملة على ترك هذه الحقوق » • فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينيـــة ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشـــهر كما وضـــعه التقنين المدنى السابق (١) •

---

(١) واغفل التقنين المدنى السابق أيضا النص على تسـجيل الوقف • وقد ذهبت احكام كثيرة (اســـتئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ — استئناف مختلط ٢٨ ديســـمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧ — ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨)=

٤ ــ وأخيرا لم يكن نظام الشهر فى التقنين المدنى السابق دقيقا فى فصل الحقوق العينية الأصلية التى تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التى تخضع لنظام القيد • فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية فى نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (١) •

فعل ذلك فى حالتين : (الحالة الأولى) هى الرهن الحيازى العقارى ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد فى غير مبرر (٢) • (والحالة الثانية) هى حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء فى المادة ٦٠١ سابعا / ٧٢٧ سادسا كما رأينا ما يأتى : « فاذا كان المبيع عقارا ، كان ثمنه ممتازا أيضا اذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » • وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءا منه لايزال مستحقا فى ذمة المشترى ، دون حاجة الى قيد حق الامتياز ذاته • وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلا بذلك ، اذ كانت عقود البيع تسجل ، وفى تسجيلها شهر للعقد ذاته وفى الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز •

المرحلة الثالثة ــ نظام الشهر فى قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣

٢٥٨ ــ محاولات الاصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل : هذه العيوب التى بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائما فى التقنين المدنى السابق نظاما غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة

= الى أن القانون لايستلزم تسجيل اشهاد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا الا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذى أوجب تسجيل اشهاد الوقف فى سجلات المحاكم الشرعية • وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية •

(١) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فيغنى التجديد ذا المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات •

(٢) واذا كان الرهن الرسمى هو يخضع لنظام القيد يجب ان يكتب فى ورقة رسمية ، فليس ذلك مبررا لان يكون الرهن الحيازى وهو يكتب فى ورقة عرفية خاضعا لنظام التسجيل ، اذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة للقيد حتى من الاوراق العرفية •

ادخال نظام الشهر العينى أو السجل العقارى فى مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافيا لهذه العيوب •

وقد بدأت حركة الاصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة فى سنة ١٩٠٢ الى اللجنة التشريعية الدولية • وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعا فى جهة واحدة • وكان الغرض من المشروع الثانى ادخال نظام السجل العقارى فى مصر • وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معا فى سنة ١٩٠٤ • ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقى المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتيهما الى سنة ١٩٢٠ ، اذ شكلت لجنة لبحث موضوع ادخال السجل العقارى فى مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السالفى الذكر وانتهت الى اقرارهما مرة أخرى • وقد وافق مجلس الوزراء فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذى يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول الى تحقيق الاصلاح المرجو • وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، ارجاء ادخال نظام السجل العقارى حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمرا ميسورا • واقترحت تحقيقا لهذا الغرض مشروع قانون يدخل اصلاحات جوهرية فى نظام الشهر ، تمهيدا لادخال نظام السجل العقارى • وعرض مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذا على الأجانب ، فوافقت عليه فى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١) •

---

(١) نصح المستشار القضائى منذ سنة ١٨٩٠ باصلاح نظام الشهر ، فتم فى سنة ١٩٠٢ اعداد مشروعين ، يرمى أولهما الى توحيد أقلام التسجيل ، ويهدف ثانيهما الى احلال نظام السجل العقارى محل نظام الشهر الشخصى وهما المشروعان المشار اليهما فى المتن • وقد عرض هذان المشروعان فى سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما فى سنة ١٩٠٨ ، ولكن الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما • وفى سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتيازات الى لجنة فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة الى رئيسها مستر دوسن الذى كان مديرا لمصلحة المساحة ، ببحث موضوع ادخال نظام السجل العقارى فى مصر • وقد استمرت اللجنة الفرعية فى عملها بعد انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء فى أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كلجنة =

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٣ ، وهو قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى على المحاكم المختلطة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع فى شهرها لنصوص التقنين المدنى السابق كما قدمنا (١) .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولا بها فى شأن جميع المحررات التى تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقارى الذى تلى قانون التسجيل ، فان المادة ٥٦ من القانون الأخير تنص على أن « جميع المحررات التى تم شهرها فى

= مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها فى اواخر تلك السنة . والف مجلس الوزراء فى ٢٥ ابريل سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن افضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين والاجانب جميعا ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معا ، وهى اللجنة المشار اليها فى المتن ، فوضعت المشروع الذى صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (انظر الاستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الاستاذ انور سلطان ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالا للاستاذ محمد على عرفة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الثالث) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه لما كانت المادة ١٤ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد نصت على عدم سريانه على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتا رسميا قبل تاريخ العمل به من أول يناير سنة ١٩٢٤ بل تظل هذه المحررات خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لاحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وكان مقتضى احكام البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ و ٢٧٠ من القانون المدنى القديم أن عقد بيع العقار الذى لم يسجل يترتب عليه انتقال الملكية بالنسبة للعاقدين ولمن ينوب عنهما ، فان ملكية العقار تنتقل من البائع الى المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ولا يكون العقار فى ملك البائع عند وفاته فلا ينتقل بالارث الى ورثته من بعده ويمتنع عليهم مثله الاحتجاج على المشترى من مورثهم بعدم تسجيل عقده ، واذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه فان البيع يكون باطلا ولا يكون من شان تسجيله تصحيح البطلان ولا يترتب عليه اثره فى نقل الملكية الى المشترى من الورثة وقد تلقاها من غير مالكيها : نقض مدنى فى ٧ مايو سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٣٣ ص ٩٠٢ .

جهة من الجهات المختصة وفقا للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام » • من أجل ذلك يكون متعينا هنا أيضا أن نورد أهم النصوص التى اشتمل عليها قانون التسجيل ، ونبين بعد ذلك ما عالجه هذا القانون من عيوب فى نظام التقنين المدنى السابق وما بقى قائما من هذه العيوب •

٢٥٩ — **أهم نصوص قانون التسجيل** : يتناول قانون التسجيل المحررات التى يجب شهرها ، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى هذه المحررات •

أولا — المحررات التى يجب شهرها : أما المحررات التى يجب شهرها فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهى المحررات المتعلقة بالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدنى السابق وقد تقدم ذكرها • أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتى :

١ — تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الايجار والمخالصات بالأجرة • ورتبت على عدم التسجيل فى الطائفة الأولى عدم انتاج الأثر بالنسبة الى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وفى الطائفة الأخرى عدم انتاج الأثر بالنسبة الى الغير فقط •

فنصت المادة الأولى على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض ، والتى من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زوالة ، كذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك ، يجب اشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية • ويترتب على عدم التسجيل أن

الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم • ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين • وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين » •

ونصت المادة الثانية على أنه « يجب أيضا تسجيل ما يأتى : أولا — العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار اليها فى المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية ثانيا — الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما (١) • فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس • غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الاجارة الى تسع سنوات اذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماد ما دفع مقدما زائدا عن أجرة ثلاث سنين » •

٢ — وتناولت المواد ٧و١٠و١٢ دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهى العقود التى تقدم ذكرها فى المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها اما بالتأشير على هامش تسجيل العقد اذا

---

(١) وأغفل النص الحوالة بالاجرة مقدما كما أغفلها التقنين المدنى السابق (م ٦١٣/٧٤٠) • وتدارك الامر قانون تنظيم الشهر العقارى ، فذكرها فى المادة ١١ منه•

(٢) وقد بينت المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن لمجرد عدم تسجيلها ، فالاحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التى من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على انها لا تكون حجة على الغير اذا لم تسجل • الا أنه لا يمكن تجريد هذه الاحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهى الاقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف فى النوع الذى ينجم عنه الاختلاف فى الاثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والاحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين » •

كان العقد قد سجل ، واما بتسجيل صحيفه الدعوى اذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق اى حق من الحقوق العينية ، لأنها دعوى قد تكون نتيجتها الكشف عن ان صاحب الحق العينى هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هى ايضا اما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذى يثبت الحق للمدعى عليه اذا كان هذا المحرر موجودا وسبق تسجيله ، واما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق اذا كان المحرر غير موجود كما فى الحيازة او كان موجودا ولم يسبق تسجيله (١) . ونصت هذه المواد ايضا على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذى يصدر فى دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع والاستحقاق ، أما فى ذيل التاشير بالدعوى اذا

---

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت فى اسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على انه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها ، فاذا كان المحرر الاصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشطر الاخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوى ، اذ عموم النص يسع ذلك . لهذا يجب لجعل عموم النص مفيدا أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة فى المادة السابعة بالدعاوى التى يكون غرض رافعها منها الوصول الى الاستحقاق حالا أو مآلا ، كدعاوى صحة التعاقد العرفى ودعاوى اثبات البيع الشفوى ، لانها تؤول بعد تسجيل الاحكام الصادرة فيها الى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلا ، فقد جرى على ذلك نص المادة الاولى من قانون التسجيل اذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها انشاء حق ملكية العقار أو حق عينى مع انها لا تنشىء ذلك الحق الا بعد تسجيلها ، فعبارة « من شأنها انشاء حق الملكية ، وضعت للمنشئة مآلا » (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وانظر أيضا نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ — ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ . وسنعود الى هذه المسألة : انظر ما يلى فقرة ٢٧٣ .

كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المحرر ، واما فى هامش تسجيلها اذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذى قدمناه • ونصت أخيرا على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها فى الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر فى هذه الدعـاوى ، فجعلت الحق العينى حجة على الغير من تاريخ تســجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم فحسب •

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسـجيل على أنه « يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسـجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فيها ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى • وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تســجيلها أو التأشير بها كما ذكر » • ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى المبينة بالمادة السـابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » • ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها • وتبقى حقوق الغير المكتسـبة قبـل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادىء السارية وقت اكتسابها (١) » •

---

(١) وبالرجوع الى النصوص والمبادىء السارية وقت اكتســاب هذه الحقوق ، وهى مبادىء التقنين المدنى الســابق ، يتبين أن القاعدة هو أن البطلان والفسخ والالغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك الا فى حالات استثنائية اذا كان الغير دائنا مرتهنا رهنا رسميا وكان حسن النية فان حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع • وسنرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسـعت هذه الحماية للغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شـملت كل من تلقى حقا عينيا على العقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ =

٣ ــ ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الايجار والمخالصات ، بل نظم أيضا شهر الحقوق الشخصية اذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصي فى هذه الحالة من دائن الى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير • ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلى للتأمين •

وهذا ما تكلفت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى ، الا اذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصلى • ويتم التأشير بناء على طلب المحول اليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ، ويشتمل التأشير : أولا ــ على تاريخ السند وصفته • ثانيا ــ على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعتهم ومحل اقامتهم • ثالثا ــ على بيان التسجيل الأصلى مع نمرته المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل » •

ثانيا ــ ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر :

وقد توخى قانون التسجيل تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الامكان قبل تسجيلها •

= او الالغاء أو الرجوع أو التأشير بها (انظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٣ ــ ص ٣٠٤) •

وقد وسعت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى ، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيفتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشترى الى مشتر ثان لا يسرى حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٨) •

فنصت المادة ٣ من قانون التســـجيل على أنه « يجب أن تشـــمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضـــوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شـــــخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأســـماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل اقامة الطرفين • (ب) بيـــان الناحيـــة واسم ونمرة الحوض ونمر القطع اذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مســـتطاع • ويجب فى عقـــود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده اذا كان مسجلا » •

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن « المحررات العرفيـــة التى لا تشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلهـــا الا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية • وعلى كل حال تأخذ هـــذه المحررات فى دفتر العـــرائض نمرا مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقـــديم الطلب اليه فى مـــدة لا تتجاوز ثلاثين يوما (١) » •

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه « تسهيلا لمراعاة ما ورد فى المـــادة الثالثة تقدم الحكومة لأربـــاب الشـــأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التى يقضى القانون بتسجيلها » •

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه « يجب التصديق على امضـــاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقـــدمة للتسجيل • ويكون التصـديق بمعرفة أحـــــد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصـــوص عنها فى المادة السابعة عشرة » •

فيتلخص اذن ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر فى الأمور الآتية : ١ — الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين •

---

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة •

٢ ـ الدقة فى تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له • ٣ ـ التصديق على امضاءات وأختام المتعاقدين •

٢٦٠ ـ ما عالجه قانون التسجيل من وجوه النقص فى نظام الشهر السـابق عيله :

ونرى مما تقدم أن قانون التسجيل عالج بعض وجـوه النقص التى كانت بارزة فى نظام الشهر الذى وضعه التقنين السابق • وأهم وجوه النقص التى عالجها هى :

أولا : جعل التسجيل لازما فى نقل الحقوق العينية ، لا بالنسـبة الى الغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين • فدفع الناس بذلك الى أن يحرصوا على تسجيل العقـود أكثر مما كانوا يفعلون فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان الحق العينى ينتقل دون تسـجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغرى بالاكتفاء بهذا الأثر • على أن ظاهرة الاهمال فى تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك فى عهد قانون التسجيل • وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعوض ضروريا حتى فى مواجهة الموهوب له الذى سجل عقده قبل تسجيل المعاوضـة ، وقد رأينا أن التقنين المدنى السابق يقدم المشترى الذى لم يسـجل عقـده على الموهوب له الذى سجل الهبة •

ثانيا : تناول قانون التسجيل فى وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية ، كالقسـمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير •

ثالثا : تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والالغـاء والرجوع فى العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شـهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب •

رابعا : تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عينى عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها

محل الدائن الأصلى فى الحق أو فى المرتبة ، ليجـوز الاحتجاج بذلك كله على الغير •

خامسا : اتخذ قانون التسجيل اجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة فى تحرير العقود واجبة الشهر ، فخطا بذلك خطوة جدية نحو ادخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة فى ذلك • ففرض كما رأينا تحديد شـخصية المتعاقدين وذاتية العقـار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الامضاءات والأختـام توقيا للتزوير •

٢٦١ ـ ما تركه قانون التسجيل دون علاج من عيوب نظام الشهر السابق عليه :

واذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة فى التمهيـد لادخال نظام السجل العقارى فى مصر تحقيقا للغرض الذى سن من أجله كمـا جاء فى ديباجته (١) ، فانه لم يقطع الطـريق الى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق • وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشـهر فى عهد قانون التسجيل هى :

أولا : بقى نظام الشهر نظاما شخصيا وفقا للأسـماء لا تبعا للعقار ، وقد قدمنا أنه لا يتحـول الى نظام عينى الا بادخال نظام السجل العقارى •

ثانيا : بقى الشهر لا حجية له فى ذاته ، فالعقد يشهر على علاته ، فان كان باطلا يبقى باطلا ، وان كان لا ينقل الحق العينى فهو لا ينقله

---

(١) فقد جاء فى ديباجة هذا القانون : « وبعد الاطـلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ ابريل سـنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئيا على ادخال نظام السجلات العقارية فى القطر المصرى • وحيث أنه يجب قبل ادخال هذا النظام فى البلاد اجراء بعض تعـديلات فى النظام الحالى الخاص بالحقوق العينية العقارية » •

حتى بعد الشهر • وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون الا بادخال نظام السجل العقارى •

ثالثا : بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقى الشهر جائزا فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق •

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاث التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل الغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفف منها بالنسبة الى تعدد جهات الشهر ، وقبل ادخال نظام السجل العقارى بالنسبة الى النظام الشخصى والى الحجية غير الكاملة للشهر •

يضاف الى هذه العيوب الرئيسية عيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيدا من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولا : لم يستقص قانون التسجيل استقصاء تاما المحررات التى يجب شهرها • فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، فترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف اذ بقى شهره مقصورا على المحاكم الشرعية ، وترك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والارث ، وعدم شهرهما ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل • وترك أيضا دون شهر القرارات الادارية التى تنقل الملك كمرسوم نزع الملكية وكاذن الحكومة فى احياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية فى توزيع طرح البحر • ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص على ذلك ، وان كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شىء من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق •

ثانيا : لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد الى نظام التسجيل ،

بل فرق بينهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصا عليه فى التقنين المدنى السابق • وهذا عيب استحدثه قانون التسجيل اذ لم يكن موجودا فى التقنين المدنى السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معا وان تناثرت النصوص فى أماكن متفرقة متباعدة • وكان الخير أن يجتمع التسجيل والقيد فى نظام واحد ، وأن يلتئم شتات النصوص المتفرقة التى تعرض لكل من الأمرين • ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه التقنين المدنى السابق ، وهو ابقاء بعض الحقوق العينية التبعية — رهن الحيازة العقارى وامتياز بائع العقار — خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية •

المرحلة الرابعة — فى نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى

٢٦٢ — **الظروف الملابسة لصدور هذا التشريع** : تهيأت الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة • فقد كانت العيوب التى لم يعالجها قانون التسجيل ، والتى أشرنا اليها فيما تقدم ، عيوبا جدية تحول دون سرعة الأخذ بنظام السجل العقارى • ثم ان نظام الامتيازات الأجنبية ، عندما كان متغلغلا فى مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا • فعند ما لاحت بارقة فى الغاء هذا النظام ، ثم عند ما تقرر الغاؤه فعلا ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة من سنة ١٩٣٧ الى سنة ١٩٤٩ تمهد لالغائه الغاء تاما ، كانت الظروف مواتية للنظر فى توحيد جهات الشهر حتى قبل الغاء نظام الامتيازات وفى أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء •

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لاصدار تشريع جديد يعالج العيوب التى تركها قانون التسجيل دون علاج فى نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر فى جهة واحدة فتزول المساوىء الناجمة عن تعدد الجهات • وقد كان التقنين المدنى الجديد فى طريقه الى الصدور وقت ذلك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد • وقد تضمنه المشروع النهائى للتقنين الجديد فعلا ، لولا أن اللجنة التشريعية

لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون موقت الغرض منه التمهيد لادخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فمصيره حتما الى الزوال بمجرد ادخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقارى — وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ — فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولا به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق ، وقد تقدم ذكر ذلك .

فنستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الاصلاح التى حققها ، والعيوب التى تركها دون علاج الى أن يتم ادخال نظام السجل العقارى فى مصر .

٢٦٣ — **أهم نصوص قانون الشهر العقارى** تتناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها واجراءات الشهر .

أولا — توحيد جهات الشهر : وحد قانون تنظيم الشهر العقارى ، جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بالغاء أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن «ينشأ فى المديريات والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها وبقيدها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين

بمرسوم مقر كل منها ودائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مأموريات يعين بقرار وزارى مقر كل منها ودائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٢ على أن « ينشأ مكتب رئيسى مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب ادارة مكاتب الشهر العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات المتعلقة بالعقارات التى شهرت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها » .

ونصت المادة ١/٥ على أن « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٤ على أن « تلغى أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى . ويحال ما بهذه الأقلام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات الى هذه المكاتب » .

ثانيا — المحررات الواجب شهرها : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد جمع القانون فى ذلك بين المحررات التى تخضع فى شهرها لنظام التسجيل وتلك التى تخضع لنظام القيد .

١ — فالمحررات التى تخضع لنظام التسجيل : استقصاها القانون فى التصرفات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفى واقعة الارث ، وفى الدعاوى .

وقد تناولت المواد ٩ الى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فورد النص عاما فى التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة من الجانبين كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك فى التصرفات واجبة الشهر الوقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة ، وكان هذان التصرفان لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل فى

التصرفات المنشئة أن الحق العينى لا ينتقل لا بالنسبة الى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، أما فى التصرفات الكاشفة فيترتب على عدم التسجيل أن الحق العينى لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة الايجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات (١) بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ونورد هذه النصوص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (٢) .

---

(١) وقد رأينا ان كلا من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالاجرة الى جانب المخالصة .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية تعليقا على هذا النص انه مقتبس من المادة الاولى من قانون التسجيل مع ادخال تعديلات عليها . واهم هذه التعديلات استبدال كلمة « التصرفات » بكلمة « العقود » لانها اشمل فى مدلولها ، فهى تتناول الى جانب العقود والاتفاقات والاعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد ، فيقع فى حكم النص الوقف والتصرفات الادارية التى تتناول حقوقا عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة والاذن الذى تعطيه الحكومة فى احياء الارض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملا باحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٣ . كذلك حذف من النص عبارة « الصادرة بين الاحياء » حتى يشمل مدلوله التصرفات المضافة الى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا ان قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الادارية التى تتناول حقوقا عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحكم لا يكون قد أخطأ اذ قضى بتثبيت ملكية المشترى لاطيان من طرح البحر بعقود غير مسجلة فى ظل القانونين رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك ان هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الادارية لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر ان تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ =

ونصت المادة ١٠ على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقــررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هــذه الحقوق لا تكون حجة على الغير • ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالا موروثة » (١) ونصت المادة ١١ على أنه « يجب تسجيل الايجارات والســندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث ســـنوات مقــدما ، وكذلك الأحكام

= لسنة ١٩٤٦ يشمل نصها الى جانب العقود والاتفاقات الواجب شــهرها التصرفات الادارية التى تتناول حقوقا عينية عقـــارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٣ لســنة ١٩٥٣ الخاص بطرح البحر وأكله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون سندا له قوة العقد الرسمى وأن يســـجل بدون رسم ، اذ ليس لهذين القانونين أثر رجعى فلا يسريان على القرارات السابقة عليهما (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعــــة احكام النقض ٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤) •

(١) وقد ورد النص صراحة على قســمة الاموال الموروثة لانها كانت محل لبس فى وجوب تسجيلها فى عهد قانون التسجيل • ويرجع السبب فى ذلك الى ان الاثر الكاشف لقســـمة الاموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعا للشـــهر فى عهد قانون التسجيل • ولكن الراجح فى الفقه والقضاء فى ذلك العهد هو تســـجيل قسمة الاموال ولو كانت موروثة ، لان القسمة جعلت المال الموروث مفرزا بعد أن كان شائعا (الاستاذ محمد على امام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) •

هذا واذا تعارض تصرف منشىء مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالاسبقية فى التسجيل ، لان كلا التصرفين لا ينفذ فى حق الغير الا بالتسجيل • وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القســـمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه اذا سجل هذا الاخير عقد شرائه وانتقلت اليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة ، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لان عقد البيع ســجل أولا (نقض مدنى ٢٢ يناير ســـنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ — وانظر أيضا نقض مدنى ٢٠ اكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥) •

وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشــــرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القســـمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تســـجيل حقه قبل ان تسجل القسمة اذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة ، مما مفاده ان القسمة =

النهائية المثبتة لشيء من ذلك • ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سـنوات بالنسـبة الى الايجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة الى المخالصات والحوالة » •

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، وهى واقعة الارث ، فأخضعتها للشهر لما فى شهرها من أهمية بالغة ، اذ هى من أكثر الأسباب شـيوعا فى نقل الملكية كما سبق القول • فنصت على أنه « يجب شهر حق الارث بتسجيل اشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الارث ، مع قوائم جرد التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم • والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق (١) • ويجوز أن يقصر شهر

= غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من احد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين فى انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة : نقض مدنى فى ١٦ يونيه سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر — ونقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ المجموعة السابقة السنة ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ •

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن القانون لا يمس مبدأ ايلولة العقارات الى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الارث ، دون أن يعتبر حق الارث تصرفا من التصرفات القانونية . لذلك لم يعد هناك وجـه لجعل انتقال حق الملكية الى الوارث متوقفا على شهره . لكن اذا أراد الوارث أن يجرى على عقار تلقاه بالميراث أى تصرف ، واحتاج الامر الى شهر هذا التصرف الاخير ، فانه على الوارث أن يقوم اولا بشهر حق الارث . وهـذه القواعد هى التى يتعين الاخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البـر (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص الفقرتين الاولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ان المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقـارية الى الورثة ، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وانما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار ان انتقال ملكية اعيان التركة بما فيهـا الحقوق العينية العقارية من المورث الى الوارث اثر يترتب على واقعة الوفاة . واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر اى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف =

حق الارث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هـذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة (١) » • وقد بينت المواد ٤٨ الى ٥٣ الاجراءات التى تتبع فى شـــهر حق الارث • وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائنى التركة للشهر ، فنصت على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقـــة بها • ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك اذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار اليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشـــهره قبل هـذا التأشير (٢) » •

=ذاته (نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٠٥) •

كما قضت محكمة النقض بان مفاد المادة ١/٨٧ من القانون المدنى ان ايلولة العقارات الى الوارث بمقتضى حق الارث انمـــا تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الارث بالوارث دون ان يكون ذلك متوقفا على شهره ، فالنص فى المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به ــ كما ورد فى مذكرته الايضـــاحية ــ الاخـــلال بالاحكام الواردة فى القانون المدنى التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عينى عقارى تلقاه بمقتضى حق الارث تنطبق عليه الاحكام العـــامة المقررة لنوع هذا التصرف ، فاذا باع الوارث عقـــارا تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصـية التى يلتزم بها البائع ومن بينها الالتزام بنقل الملكية الى المشترى واتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الارث ، ومفهوم المواد ٢/٨٧٩ و ٨٩٧ و ٩٠٠ و ٩١٤ من القانون المدنى ان المشرع المصرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بان اموال المورث تنتقل الى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة (نقض مدنى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٦ قضائية ، لم ينشر) •

(١) ومن ثم اذا اراد الوارث التصرف فى عقار معين فى التركـــــة ، لم يلزمه أن يشهر حق الارث عن عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الارث فى هذا العقار وحده • ولكن يفترض فى هذا الحالة أن هذا العقار وحده يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستطيع الوارث ان يتصرف فى العقار الا بقدر حصته فى التركة (الاستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤) •

(٢) واذا لم يشهر الوارث حق الارث لعدم صدور تصرف منه يقتضى هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهى فى يد الوارث • واذا لم يستطع الدائن أن يؤشر بدينه بحيث يكون تأشيره نافذا فى حق المشترى =

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ١٣ و ٤٨ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ان انتقال ملكية أموال التركة الى الورثة لا يتوقف على شهر حق الارث كما هو الشأن فى عقد البيع بل ان اموال التركة تنتقل ملكيتها الى الورثة بمجرد وفاة المورث وانه يجوز ان يقوم بشهر حق الارث كل ذى شأن ، ولما كان من تصرف له الوارث لا يستطيع شهر التصرف الصادر له الا بعد شهر حق الارث لذلك يكون له مصلحة فى شهر هذا الحق وله ان يقوم به وبالتالى فان عدم شهر الوارث حق الارث لا يعتبر مانعا من الحكم للمتصرف اليه بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له فى شأن أى حق عينى آل للبائع بالميراث ذلك ان دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا ويجاب المشترى الى طلبه اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين (١) .

وتناولت المواد ١٥ الى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهى جميع الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف القانونى الذى يتضمنه المحرر واجب الشهر وجودا أو صحة أو نفاذا . فعمم النص عما كان عليه فى قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع غير مذكورة على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل (٢) . فتدخل بذلك الدعوى البوليصية ضمن الدعاوى الواجبة

= لعقار من الوارث ، كان للدائن ان ينفذ بدينه على أموال التركة الاخرى التى تبقى فى يد الوارث (الاستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ ـ ص ٢٩٦) .

وهذا وتاشير الدائن بحقه ليس لازما اذا عين للتركة مصف ، اذ يكفى قيد الامر بتعيين المصفى فى السجل المعد لذلك فى المحكمة (م ٢/٨٧٩ و ٩١٤ مدنى) .

(١) نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٢٩ قضائية ـ ونقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥١ قضائية ، لم ينشرا بعد .

(٢) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر فى حجية =

الشهر لتكون حجة على الغير الذى يتعامل مع من تصرف له المدين ، اذ هى دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى ابطال (١) • وذكرت النصوص أيضا دعوى الاستحقاق (٢) ، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردتها بالنص اذ هى فى الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضـمن دعاوى الاســتحقاق لتتلافى عيب اغفالها فى قانون التسجيل • ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صـحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى • ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صـحة التعاقد على حقـوق عينية عقارية • وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار اليها بعد اعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة » •

= تسجيل الدعوى . ففى قانون التسجيل لايحمى الغير الذى سجل حقه قبل تسجيل الدعوى الا اذا كان دائنا مرتهنا حسن النية ، أما فى قانون الشـهر فيحمى صاحب أى حق عينى حسن النية كالمشترى وصاحب حق الانتفاع ، ولاتقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (انظر فقرة ٢٥٩ فى الهامش) .

(١) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجبة الشـهر » بعبارة « الواجبة التسـجيل » الواردة فى المادة ٧ من قانون التسـجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن فى المحررات التى تشهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨) .

(٢) ولا تؤخذ عبارة « دعوى الاستحقاق » على اطلاقها ، ولايقصد بها الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على واضع اليد لاسترداد عقاره ؛ فان هذه الدعوى اذا سجلت وحكم للمالك الحقيقى بملكيته للعقار كان هـذا الحكم حجة للمشترى من واضع اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وانما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على واضع اليد فى الاحوال التى يكون فيها تصرف واضع اليد فى العقار نافذا فى حق المالك كدعوى الاستحقاق التى يرفعهـا المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتر حسن النية وسجل =

ونصت المادة ١٦ على أن « يؤشر بمنطـــوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هـــامش تسجيلها •

ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عند تســجيل هذه الأحكام (١) » •

ونصت المادة ١٧ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشـــير بها أن حق المدعى ، اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القـــانون ، يكون حجـــة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها (٢) •

= المشترى عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحـــكم بالاستحقاق فى حق المشترى • واذا باع المشترى بعقد صورى العقار لمشتر آخر حسن النية وسجل هذا المشترى الاخر عقد شرائه قبل تسجيل دعـــوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية فى حق المشترى الاخر • (قارب الاستاذ انور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩) •

(١) اضيفت الفقرة الثانية من المادة ١٦ بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه يترتب على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على مقتضى نص المادتين ١٥/٢ و ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى : نقض مدنى فى ١٣ ابريل ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٨٢٨ ، ونقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٨ المجموعة السابقة السنة ١٩ رقم ٢٠٧ ص ١٣٧٦ ، ونقض مدنى فى ٢٧ مايو سنة ١٩٧١ المجموعة السابقة السنة ٢٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ •

كما قضت محكمة النقض بانه مؤدى نص المادتين ١٥ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى ، ان تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع باثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ، ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة ، من شأنه ان يجعل حق المشترى حجة على من ترتبت لـــه حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى • ولما كان الطاعن قد سجل صحيفة دعواه قبل تسجيل عقد المشترين الآخرين الصادر من ذات البائع عنجزء منفس العقار المبيع له ، فان الطاعن لايحاج بهذا التسجيل اللاحق لتاريخ تسجيل الصحيفة ، وبالتالى فلا يحول هذا التسجيل دون أن يحكم له بصحة ونفاذ عقده حتى اذا اشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على المشترين الآخرين : نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧١ مجمـوعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٨٥ ص ١٠٩٦ •

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما (١) .

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول (٢) » .

---

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية اذا كان لايعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى » . وقد تبين ان ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحا للنص (الاستاذ انور سلطان فقرة ١٢٥ ص ١٩٩ هامش رقم ٣) .

والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب ان يكون قد كسب الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل بطلانا مطلقا ، لان التسجيل لا يمكن ان يرتب للعقد الصورى ولا للعقد للباطل آثارا قانونية (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤ ص ٥٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ — ٢٠ اكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٨٧ ص ٢٣٠ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨٤ ص ٤٧٣ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ وقد سبقت الاشارة اليه — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٧٥ ص ٢٠١ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ تقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى بان كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فان فى ذلك مايفيد أن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما — ان تما فى يوم واحد — باسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر . وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الامر فيه لمحض الصدفة نظرا لما يترتب على اسبقية التسجيل من اثر فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد ، ذلك ان مؤدى نصوص المواد ٩ ، ١٥ و ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لاتنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى باثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله حتى اذا ما حكم له بطلباته فان الحق الذى قرره الحكم ينسحب الى تاريخ تسجيل العريضة اذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون ان يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات أشهرت بعد هذا التاريخ : نقض مدنى فى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٧ .

(٢) اضيفت الفقرة الثالثة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الذى =

ب ـ والمحررات التى تخضع لنظام القيد : جمعها قانون الشهر مع المحررات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المــواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت لنظام القيد الحقــوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلى فى الديون المضمونة بتأمين عينى عقارى •

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عينى عقارى تبعى ، أى لتأمين عينى عقارى ، وذلك عن طريق القيد • فنصت على أن « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقــوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عــدم القيد أن هــذه الحقوق لا تكون حجة على الغــير » • فوجب اذن قيد حق الرهن الرســمى وحق رهن الحيــازة العقارى (١) • وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) • ويدخل فى حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره الا عن طريق القيد ، وكان قبلا يكتفى فى شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه فى ذمة المشــترى • وقد احتاط المشرع ، فيما يتعلق بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقا للأحكام التى كان معمولا بها فى الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضــمن الحقوق المقيدة عند البحث ، وحتى يجب تجديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحكم فى القيود • فنصت المادة ٥٨/١ على ما يأتى : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقــوق الامتيازات العقــارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل

=نشر بالجريدة الرسمية فى اول ابريل سنة١٩٧٦ وعملت باحكامه اعتبارا من اول مايو سنة ١٩٧٦ .

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاضعا دون مبرر لنظام التسجيل ، كمــا سبق القول .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « لــم تتناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة او المقررة للحقوق العينية العقارية التبعية ، اما التصرفات التى تتناول نقل هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالهــا فطريق شهرها هو التأشير فى هامش قيدها الاصلى » .

العقود المرتبة لها او فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (١) ، أى المدتين أطول . فاذا لم يتم القيد فى خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد انقضائها نافذا بالنسبة الى الغير . ويترتب على اجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٣٠ و ٤١ الى ٤٧ الاجراءات الواجب اتباعها لقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتجديد القيد ، ولمحوه ، ولالغاء المحو .

أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلى بدائن جديد فى الديون المضمونة بتأمين عينى عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، الا اذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » .

ثالثا — اجراءات الشهر : أما اجراءات الشهر التى رسمها قانون تنظيم الشهر العقارى فلا تقل فى الدقة عن الاجراءات التى رسمها قانون التسجيل ، بل تزيد . فأوجب القانون فى طلب الشهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل اقامته واسم أبيه وجده لأبيه . (ثانيا) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثا) البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فان كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وان كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة ان وجد . (رابعا) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار الدين ان وجد . (خامسا) البيانات الخاصة بالتكليف اذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييرا فى دفاتر التكليف . (سادسا) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف ، وذلك

---

(١) صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بمد المدة المحددة فى هذا النص سنة أخرى تنتهى فى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

فى العقود والاشهادات وأحكام صحة التعاقد • ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العينى وطريق انتقال الملكية أو الحق العينى منه ورقم وتاريخ شهر عقد امتلاك ان كان قد شهر • (سابقا) بيان الحقوق العينيه المقررة على العقار المتصرف فيه، وعلى الاخص ارتفاقات الرى والصرف •

وتعيد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشرا عليها برأيها فى قبول اجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه (١) • ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير على الطلب بقبول اجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب • وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به • وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر ، بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقيعات ذوى الشأن فيها ان كانت عرفية • ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل (٢) ، وعلى قوائم القيد فى حالة المحررات الواجبة شهرها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا مكتوبا على عقد البيع الذى طلبت الطاعنة القضاء بصحته ونفاذه وعلى وفائها بثمن حصتها فى البيع لان هذا الطلب قد خلا من بيان شروط البيع وكيفية اداء الثمن وما اذا كان قد دفع منه شىء أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقدية ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١١٤ ص ٧٤٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على اساس الاسبقية فى الشهر طالما ان التعاقد حصل مع مالك واحد حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله ، ولا يغير من ذلك وجود اسبقية لآخر فى تقديم الطلب الى جهة الشهر العقارى اذ أن مجرد الاسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الاثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق ، كما انه لا يغير من هذا النظر عدم مراعاة الاجراءات والمواعيد المنصوص عليها بالمادتين ٣٢ و ٣٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى . ذلك ان ما انتظمته هذه النصوص — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — لا يعدو ان يكون بيانا للقواعد الادارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجب على ماموريات الشهر العقارى اتباعها =

بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الاجراءات طبقـا للائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها فى المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ مـن قـانون تنظيم الشهر العقارى) (١) .

= عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد فالخطاب بهذه النصوص موجه الى المختصين بمأموريات الشهر العقارى ، واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفتهما ، فان الافضلية تكون لمن سبق فى تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق : نقض مدنى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٢٩٥ ، ونقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٨ المجموعة السابقة السنة ١٩ رقم ٢٠٧ ص ١٣٧٦ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بين فى المادة الخامسة عسر منه الدعاوى التى يجب تسجيلها ومن بينها دعاوى صحة التعاقد ، ونص فى مادته السابعة عشر على أنه يترتب على تسجيل صحف هذه الدعاوى أن حق المدعى اذا تقرر بحـكم يؤشر به طبق القانون يكون حجه على من ترتبت لهم حقوق عينيه على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وبذلك رتب المشرع تقرير هـذه الآثار على تسجيل الصحيفة ، واذ كان الثابت من الاوراق أن صحيفة دعوى صحة التعاقد التى رفعها المطعون ضده الاول على مورث الطاعن والمطعون ضدهما الثانى والثالث ، لم تسجل بعد وان ماورد بها من تاشيرات بشأن قيدها وتاريخ تقديمها وختمها بخاتم الصلاحية للشهر لا يعدو أن يكون اجراءات تمهيدية باشرها صاحب الشأن فى مأمورية الشهر العقارى عملا بالمواد ٢٠ وما بعدها من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وليس فى الاوراق ما يفيد تقـديم الصحيفة الى مكتب الشهر العقارى لاتخاذ اجراءات التسجيل التى تبدأ بتقديم المحرر المختوم بخاتم « صالح للشهر » بعد توقيعه الى مكتب الشـهر العقارى المختص حيث يثبت فى دفتر الشهر بارقام متتابعة وفقا لتواريـخ وساعات تقديم المحررات اليه هو ، ومؤشر عليه اى على المحرر بما يفيـد شهره وفق احكام المادتين ٢٩ و ٣٢ من القانون المذكور ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واعتبر أن بيانات القيد فى دفتر مشروعات المحررات بمأمورية الشهر العقارى التى تفيد تقديم مشروع صحيفة الدعوى لها فى ٨ مارس سنة ١٩٦٦ هى من بيانات التسجيل الذى سترتد الى تاريخه حجية حق من رفع الدعوى قبل من ترتبت لهم على العقار حقوق عينيه مع انها بيانات من اجراءات تمهيدية لاتعد من قبيل الشهر على نحو ما سلف بيانه ، ورتب على ذلك اهدار التسجيل الحاصل للطاعن فى ١٣ من مارس المذكور وقضى بصحة عقد بيع صدر من البائع عن مساحة من الارض خرجت من ملكه وبات نقل ملكيتها بموجبه الى المشترى مستحيلا ، فانه يكون قد أخطأ فى القانون : نقض مدنى فى ١٥ يونيه سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٥٠ ص ١٤٤٢ .

=

٢٦٤ — وجوه الاصلاح التى حققها قانون تنظيم الشهر العقارى :
حقق قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الاصلاح التى هيأتها الظروف فيما قدمناه • ففى مرحلة الانتقال الى الغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد فى نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعا لهذا النظام • هذه وجوه اصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى ، نقول كلمة موجزة عن كل منها •

أولا : وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثا فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، اذ كان يجوز الشهر فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت اشراف مكتب رئيسى عام • وفى مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تتركز الاجراءات اللازمة لشهر المحرارات الواجبة الشهر • وهذا هو أهم اصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه • ولا شك فى أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى فى طريق ادخال نظام السجل العقارى فى مصر •

= كما قضت محكمة النقض بأن قبول طلب شهر المحرر يقتضى اثبات اصل ملكية البائع او المتصرف ولايقبل فى اثبات ذلك الا اوراق معينه منصوص عليها فى قانون الشهر العقارى والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٣ على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق باثبات اصل الملكية او الحق العينى وفقا للمادة السابقة الا المحررات التى سبق شهرها ثم أوردت طائفة اخرى من الاوراق ليس من بينها المحررات المؤشر بصلاحيتها ، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون • وطبقا للمادة السادسة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات يتعين على من آلت اليه ملكية عقار أو حصة فيه أو حق انتفاع أن يقوم بشهر حقه طبقا للاجراءات والقواعد المقررة فى شأن حق الارث فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، واذ كان ذلك لم يحدث ولاتكفى مجرد التأشير على مشروع المحرر من مامورية الشهر العقارى بصلاحيته للشهر ، فان الحكم المطعون فيه اذ التزم هذا النظر وذهب الى ان حق الطاعن وباقى البائعين فى المطالبة بباقى الثمن لا يتأتى الا بعد قيامهم بتنفيذ التزامهم بشهر انهاء الوقف وعقد القسمة فلا يكون قد خالف القانون أو شابه التصور : نقض مدنى فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١١٣ ص ٥٨٠ •

ويلاحظ فى هذه المناسبة أن التقنين المدنى الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقارى ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، فى مسألتين : اجراءات الاعسار واجراءات تصفية التركة . وكان ينبغى أن يكون شهر صحيفة دعوى الاعسار والأمر بتعيين المصفى للتركة فى مكتب الشهر لا فى قلم كتاب المحكمة ، كما هى الحال فى التأشير بالديون العادية على التركات وكما هى الحال فى شهر حق الارث ، فان كل هذا يتم شهره فى مكاتب الشهر لا فى أقلام كتاب المحاكم .

ثانيا : ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد فى صعيد واحد ، فأصلح عيبا وقع فيه قانون التسجيل اذ فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعا لنظام التقنين المدنى السابق .

وقد كان لهذا الادماج أثر مباشر فى اصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، فى شأن اخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد فى الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، فى التقنين المدنى السابق وفى قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغى ، وبعضها - رهن الحيازة العقارى وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجا شاملا ، فعرض للتأمينات العينية العقارية فى نصوص خاصة بها ولم يكتف بالاحالة فيها الى نصوص التقنين المدنى ، كان من الطبيعى أن يتوجه لاصلاح هذا العيب . فنص على اخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معقولا أن يستثنى منها أى حق . بل انه زاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والتى كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها فى ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما يثقل العقار من تأمينات فلا يذهبون فى ذلك الى أبعد من عشر سنوات .

ثالثا : استقصى القانون الجديد المحررات الواجب اخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل •

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب الموت وهو الوصية ، أخضعهما للشهر بعموم النص أولا ثم بالنص عليها خاصة • وأضاف اليهما الارث ، وهو وان كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشارا فى نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة فى نظام الشهر •

هذا الى أن القرارات الادارية الناقلة للملك أصبحت هى أيضا خاضعة للشهر لدخولها فى عموم نص المادة التاسعة ، فهى تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل • فمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسيم تقسيم الأراضى الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والاذن باحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات ادارية يجب تسجيلها (١) •

والى جانب ذلك سد القانون الجديد نقصا ملحوظا فى استقصاء

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ ـ وانظر الدكتور محمود شوقى « الشهر العقارى علما وعملا » ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ ـ ولم تكن هذه التصرفات الادارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فمن ملك بتصرف ادارى صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) •

قارن ما قضت به محكمة النقض من ان المقصود بالغير فى التسجيل كل من يثبت له على العقار حق عينى مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر وأن يقوم من آل اليه فعلا بشهره ، ومن ثم لا يعتبر غيرا فى هذا المجال من يتلقى الملكية أو الحق العينى بحكم القانون ، وبالتالى فان الدولة انما تؤول اليها اموال الخاضعين السابقين لحراسة الطوارىء وفق أحكام القانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ نزولا على حكم القانون وليس بموجب تصرف واجب الشهر ولاتعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى التسجيل ، وان كانت قاعدة التفضيل على اساس الاسبقية فى التاريخ تظل مطبقة ، بمعنى ان الدولة تملك التملك بغيريتها فى ثبوت التاريخ فلا يسرى فى حقها التصرف التى اجراها الخاضع السابق للحراسة قبل ايلولة ممتلكاته الى الدولة طالما لم تكن ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون الذى نقل ممتلكاته الى الدولة : نقض مدنى فى ٩ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٧٨ ص ٤٠٠ •

المحررات الواجبة الشهر فى محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البوليصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدما (١) وقد سبقت الاشارة الى كل ذلك (٢) •

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحقيقه لوجوه الاصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ فى الوقت ذاته بالمزايا التى حققها قانون التسجيل ، ففرض اجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات ، بل هو قد سار فى هذا الطريق شوطا أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف فى شأن العقود الكاشفة ، وجعل التسجيل فى التصرفات المنشئة ضروريا لنقل الحق العينى لا فى حق الغير فحسب بل أيضا فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التى سبق بيانها •

٢٦٥ — ما بقى دون علاج من العيوب : على أن هناك عيبين جوهريين باقيين فى نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقارى معالجتهما • فلا يزال النظام نظاما شخصيا بحسب الأسماء لا بحسب العقار (٣) ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة فى ذاته •

---

(١) وكان اجماع الفقه والقضاء فى عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وان لم يرد بها النص كما ورد فى قانون الشهر العقارى ، وذلك قياسا على المخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما •

(٢) أما فى دعوى الشفعة ، فليس واجبا شهر الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى الى الشفيع • ولكن يجب تسجيل اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة (م ٩٤٢/١ مدنى) ، فلا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ، ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده اذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الاولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار (م ٩٤٧ مدنى) • ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤٤ مدنى) ويؤشر به على هامش تسجيل اعلان الرغبة وعلى هامش تسجيل البيع الاصلى اذا كان هذا البيع قد سجل •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن التسجيل طبقا لاحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى هو نظام شخصى يجرى وفقا للاسماء لا بحسب العقارات وليست له حجية كاملة فى ذاته ، فهو لا يصحح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم اجراءاته بناء على طلب اصحاب الشأن أو من يقوم مقامهم على ضوء البيانات التى أوجبت المادة ٢٢ =

وما كان قانون تنظيم الشهر العقارى يستطيع معالجة هـــذين العيبين ، فان العلاج الوحيد لهما هو ادخال نظام السجل العقـــارى فى مصر ، وادخال هذا النظام لن يكون الا على ســبيل التدرج لتفتت الأراضى وانتشار الملكيات الصغيرة فى أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) •

٢ ــ تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ ــ عهدان : ونقصر الآن بحثنا على تطبيق نظام التســجيل على عقد البيع خاصة ، وهو الموضوع الذى نعالجه فى هذا الجزء من الوسيط • ونطبق أحكام التسجيل على عقد البيع من الناحيةالموضوعية دون ناحية الاجراءات ، فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجــراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع كسائر التصرفات •

ويجب أن نميز بين عهدين : (أولا) عهد التقنين المــدنى السابق •

= من القانون اشتمال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات الخاصة بالتكليف اذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييرا فى دفاتره والبيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف واسم المالك السابق أو صــاحب الحق العينى وطريق انتقال الملكية او الحق العينى فيه ، ورقم وتاريخ شهرة عقد التمليك ان كان قد شهر والاوراق المؤيدة للبيانات المذكورة ، فاذا ما قامت مصلحة الشــــهر العقارى ببحث اصل الملكية أو الحق العينى فى حدود هذه البيانات والاوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقق من صـــحتها الى اجراء شـــهر المحرر ، فانها تكون قد أدت واجبها طبقا للقانون ، ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق الى طالب الشـــهر لعيب فى سند ملكيته اذ يكون المتصرف غير مالك للحق المتصرف فيه طالما ان الأوراق والمســتندات المقدمة لا تنبىء عن العيب اللاحق بسند التمليك أو تشير الى وقوع تصرف ســابق على ذات الحق محل الشـــهر : نقض مدنى فى ٢٨ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة٢١ رقم ١٤٨ ص ٩٢٩ •

(١) وتقول المذكرة الايضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقارى : « غير مستطاع ادخال نظام السجلات العينية وتطبيقه الا على سبيل التدرج اذ من جانب لم تتم اعادة مساحة البلاد جميعهـــا . وحتى فى المناطق التى تمت فيها المساحة الحديثة وهى تبلغ نصف مساحة البلاد تقريبا ، لن يستطاع ادخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بســـبب عدم دقة البيانات الخاصـــة بالملكية والحقوق العينية • ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هـــذا النظام فى مناطق محصورة الواحدة تلو الاخرى ، ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظـــل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصى ، ولذلك وجبت المبادرة الى معالجة العيوب التى أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقض ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » (المذكرة الايضاحية بند ٩) .

(ثانيا) عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فان أحكام التسجيل بالنسبة الى عقد البيع واحدة فى هذين القانونين .

أولا ــ عهد التقنين المدنى السابق

٢٦٧ ــ التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة الى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق ، من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة الى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها بالنسبة الى الغير حيث لا يتم ذلك الا بالتسجيل .

٢٦٨ ــ انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لاحاجة فيه الى التسجيل ــ التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث : تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشترى بعقد البيع ولو لم يسجل [1] وكذلك تنتقل الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشترى ، فلايستطيع دائنو البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائنو المشترى التنفيذ على العقار الذى أصبح مملكا لمدينهم . وتنتقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل فى حق ورثة كل من البائع والمشترى ، فاذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار الى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار الى ورثة المشترى اذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت اليه بالبيع .

ويترتب على أن البائع اذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ ــ ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٨ ــ وغنى عن البيان أنه يشترط لانتقال الملكية الى المشترى أن يكون البائع مالكا للعقار ، فاذا لم يكن مالكا له وكان المشترى حسن النية ، فان هذا الاخير يملك العقار بالتقادم الخمسى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدده . واذا اشترى شخصان من بائعين مختلفين ، فالذى اشترى من المالك هو الذى يفضل ولو لم يسجل عقده (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٥) .

العقار الى وارثه ، أن المشترى هو الذى يكون مالكا بالنسبة الى هذا الوارث . فاذا باع الوارث العقار فانه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية الى المشترى منه ولو سجل هذا عقد شرائه (١) . ونرى من ذلك أن المشترى من الوارث اذا نازع المشترى من المورث فان المشترى من المورث هو الذى يفضل ولو سجل المشترى من الوارث عقده قبل أن يسجل المشترى من المورث (٢) . وكان هناك ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، رأى آخر يذهب الى أن المشترى من الوارث اذا سجل قبل المشترى من المورث يفضل عليه ، قياسا على ما جاء فى المادة ٦١٨/٧٤٥ من أن المشترى من الموصى له اذا سجل قبل المشترى من الموصى يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصى له . وهذا الرأى قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

---

(١) وقد رأينا — انظر الحاشية السابقة — انه اذا اشترى شخص عقارا من المالك الحقيقى ، فضل على المشترى من غير المالك ، ولو لم يسجل الاول عقده وسجل الثانى .

(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بأن الوارث لا يستمر شخصية مورثه (الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١١٨٥ — الاستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العينية ص ٢٠٥ والأحكام التى أشار اليها فى هامش رقم ٥ — وانظر استئناف مصر ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢/١٤٢ ص ٣٦٤ — محكمة الاسكندرية الوطنية ٢٧ يولية سنة ١٩١٨ المجموعة ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ — الاستاذ لامبير فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ — ص ٢٠٨ — ص ٢١٢ — الاستاذ شكدون ايموس فى مجلة المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٨ — الاستاذ مونييه فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ — ص ٢٣٤ — الاستاذ على زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الاسلامية ونتائجه فى القانون ص ٣٧ — ص ٤٤ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٦١ — وأصحاب هذا الرأى لا يذهبون الى أن الوارث يستمر شخصية المورث فان هذا يخالف أحكام الشريعة الاسلامية ، ولكنهم يستندون الى احكام التسجيل كما هى مقررة فى التقنين المدنى السابق ، فالوارث انتقلت اليه الملكية بالارث والملكية الآيلة بالارث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة ، فيفضل المشترى من الوارث اذا كان أسبق تسجيلا من المشترى من المورث .

وهناك رأى ثالث يفضل كذلك المشترى من الوارث الاسبق فى التسجيل ، ولكن هذا الرأى يستند فى ذلك الى أن الوارث يستمر شخصية المورث ، والى أن القاعدة التى تقضى بالا تركة الا بعد سداد الديون فى =

٣٦٩ ـ انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكون الا بالتسجيل :

ونبدأ أولا بتحديد من هو الغير . يخلص من النصوص التى وردت فى التقنين المدنى السابق أنه يشترط فى الغير شروط ثلاثة :

١ ـ أن يثبت له على العقار المبيع حق عينى بعوض . فالمشترى الثانى لعقار سبق أن بيع لمشتر أول ثبت له حق عينى ـ وهو حق الملكية ـ على هذا العقار بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، اذا ثبت له حق رهن على العقار المبيع فى مقابل دينه (١) . ومثله من ثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عينى بغير عوض ، كالموهوب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى فى حقه البيع ولو لم يسجل. فاذا باع شخص عقارا مملوكا له ، وقبل أن يسجل المشترى العقد ، وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فان المشترى هو الذى يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار الى المشترى فى حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، اذ الموهوب له ليس من الغير فيسرى العقد غير المسجل فى حقه . لكن اذا بادر الموهوب له وباع العقار الى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشترى الأول عقده ، فان المشترى من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشترى الذى سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضا فيما اذا

= الشريعة الاسلامية لا يقصد بها ان تظل التركة معلقة حتى الوفاء بديون المورث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولا عن ديون التركة بنسبة ما آل اليه منها (الاستاذ أحمد عبد اللطيف والاستاذ عزيز كحيل المحاماة ٣ عدد ٣ ـ استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) .

انظر فى عرض هذه الآراء الثلاثة الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ ـ ص ٢٢٢ ـ الاستاذ محمد على امام فقرة ١٥٩ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل الدائن المرتهن الدائن الذى له حق اختصاص ، فاذا قيد الاختصاص تقدم صاحبه على مشتر من المدين لم يسجل عقد شرائه حتى لو كان عقد المدين نفسه غير مسجل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٥) . ويقدم دائن البائع الذى قيد دينه قبل تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشترى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٣٨ ـ ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١٨) .

أوصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشترى عقده ، فان المشترى يفضل على الموصى له ، ولكن اذا بادر الموصى له الى بيع العقار وسجل المشترى من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشترى الأول ، اعتبر المشترى من الموصى له غيرا وفضل على المشترى من الموصى •

٢ ـ أن يكون هذا الحق العينى الثابت على العقار مبنيا على سبب صحيح محفوظ قانونا • ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العينى مصدر هو تصرف قانونى ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف اجراءات مقررة لحفظه قانونا فيقوم صاحب الحق بهذه الاجراءات • فلا يكفى لاعتبار المشترى الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غير أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضا على المشترى الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير • فاذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانونا ، لم يجز للمشترى الأول أن يحتج عليهما بعقده اذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك •

٣ ـ أن يكون صاحب الحق العينى المحفوظ قانونا حسن النية (١)• ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على الرأى الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار • فمجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العينى سىء النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولا ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد الثانى (٢)• وهناك رأى

---

(١) استئناف مختلط ٥ مارس ١٩٥٢ م ٦٤ ص ١٦٨ •

(٢) ويستند هذا الراى الى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ مدنى ، والى أن المشترى الثانى الذى يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم ان البائع يتصرف فى عقار مملوك للغير فيكون عقد البيع الصادر اليه سببا معيبا والمادة ٢٧٠/ ٣٤١ تشترط فى الغير ان يكون حقه مبنيا على سبب صحيح ، والى أن هذا هو الراى السائد فى بلجيكا مع أن القانون البلجيكى اختصر على اشتراط عدم الغش ولم يذهب الى حد اشتراط حسن النية ، ولانه لايمكن الاحتجاج بالراى السائد فى فرنسا الذى يشترط التواطؤ لان نص القانون الفرنسى لايشترط حسن النية فى المشترى الثانى بل يكتفى بأسبقيته فى تسجيل عقده، =

اخر يذهب الى أنه حتى يكون المشترى سيىء النية لا يكفى علمه بسبق التصرف ، بل يجب أيضا ان يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (١).

= والى أن القومسيون الدولى الذى عقد فى سنه ١٩٠٤ لادخال نظام السجل العقارى فى مصر اقترح ان ينص على ان مجرد علم المشترى الثانى بالتصرف الاول لا يكفى لاعتباره سىء النيه ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الاستاذ أنور سلطان فقره ١٨١ ص ٢٩ — ص ٢١٠ — والتون ، ص ٤٢ — تقرير لجنه القومسيون الدولى ص ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤) .

وانظر من هذا الراى : دى هلتس ٤ بيع فقره ١٢٦ — والتون ٢ ص ٤٣ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقره ٥٢٦ — استئناف وطنى ٤ مايو سنه ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماه ٤ رقم ٢٦ — استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنه ١٨٩٦ م ١١ ص ٥٧ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٣ — ٢٤ نوفمبر سنه ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٥ — ٢٦ ديسمبر سنه ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٥ — ١٣ يناير سنه ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢١ .

(١) انظر الى اسانيد هذا الراى منقوله فى كتاب البيع للاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٤٩ هامش ١ — ويستند هذا الراى الى الراى السائد فى فرنسا وقد سبقت الاشاره اليه ، والى ان مسأله العلم بالبيع الاول مسأله نفسيه يصعب التأكد منها فالاخذ بها يزعزع الثقه فى المعاملات العقاريه ، والى ان التسجيل حتى يكون نظاما مفيدا يجب أن يكون فى ذاته قرينة على العلم وان يكون انتفاؤه قرينه على عدم العلم فلايجوز اثبات علم المشترى الثانى بتصرف سابق لم يسجل الا اذا أريد اثبات تواطئه مع البائع .

وانظر من هذا الراى كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصر ١٩١٩ ص ٤٠٣ — تستو ص ٦٢ — جرانمولان فى التأمينات فقره ٨٨٦ — الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١١٧٢ — محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعه الرسمية ٢ ص ٢٤ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ — ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ — ٢٣ ابريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٣ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ — ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ — ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧٤ ص ٢١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

وهناك راى ثالث لايكتفى بالعلم بالتصرف السابق ، بل ولا بالتوطؤ ، فيصبح تسجيل المشترى الثانى اذا تم اولا مهما كان هذا المشترى الثانى سىء النيه ومهما كان متواطئا ، ما لم يكن عقد البيع الصادر اليه عقدا صوريا ، فعندئذ لايكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مختلط ٣٠ ابريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الراى ما لبث أن هجر ، اذ أن المشرع لم يكن فى حاجة الى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصورى (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر =

ولكن هذا الرأى لا يتفق مع النصوص ، ففى النص العربى للمادة ٣٤١/٢٧٠ يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنيه على سبب صحيح محفوظه قانونا « وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » ، وترجمه هذه العبارة الاخيرة فى النص الفرنسى للمادة هى «qui sont de bonne foi» كلتا العبارتين العربيه والفرنسيه لا تستلزم الا حسن النيه ، وحسن النية ينتفى قطعا بعلم المشترى الثانى بسبق صدور التصرف دون حاجة الى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصا باع عقارا لمشتر أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتر ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثه المتقدمه الذكر فى المشترى الثانى ، لم يسر فى حقه البيع الاول الا اذا كان مسجلا قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب ان يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقى ، فاذا اشترى احدهما من غير المالك الحقيقى وسجل فضل عليه المشترى من المالك الحقيقى ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر اصحاب الحقوق العينيه (١). واذا صدر عقدان متواليان من مالك واحد ولم

= سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٤٩ هامش ١ - الاستاذ محمد على امام فقرة ١٥٧ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧) .

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشترى من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسى اذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشترى من المالك الحقيقى ولو سجل هذا عقده . أما اذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقى ، فالعبرة بالتسجيل فى تفضيل احدهما على الآخر ، فمن سجل أولا فضل ولو كان الاخر حسن النية وحاز العقار خمس سنوات ، اذ أن محل تطبيق التقادم الخمسى ان يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

ولو باع شخص عقارا ، وقبل أن يسجل المشترى باع البائع العقار مرة اخرى لمشتر ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما اذا صدر البيع الثانى بعد تسجيل البيع الاول ، كان البيع الثانى صادرا من غير مالك =.

يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذي يفضل (١) .

ويتفق في بعض الأحيان أن مشتري العقار لا يسجل البيع ، ويبيع العقار لمشتر ثان ويسجله المشتري الثاني . فاذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتر سجل عقده ، فهل يفضل في هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلا ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن

=ولو بالنسبة الى الغير ، فلو حاز المشتري الثاني العقار وهو حسن النية خمس سنوات تملكه بالتقادم الخمسي ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشتري الاول الذي سجل عقده .

(١) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٤ ص ٣٥٤ .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الاصلية ورتب على عدم الشهر الا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير . واذ جاء هذا النص ـــ أسرة بنص المادة الاولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له ـــ خلوا مما يجيز ابطال الشهر اذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فان مفاد ذلك ـــ على ماجرى به قضاء ومحكمة النقض ـــ هو اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين في شأن عقار واحد على اساس الاسبقية في الشهر ولو نسب الى المشتري الذي بادر الشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك ان يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية في تقديم طلبه لجهة الشهر اذ ان مجرد الاسبقية في تقديم الطلب لاتنال من الاثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولايغير من هذا النظر القول بان التسجيل السابق كان نتيجة غش او تواطؤ بين من تم التسجيل لصاحبه وبين الموظف الذي اجراه بمصلحة الشهر العقاري بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التي تقضي بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقاري، ذلك ان ما انتظمه هذا النص لايعدو أن يكون تبيانا للقواعد الادارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقاري اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد ، واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فان الافضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق أن صح مايدعيه من ان هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه الى موظف الشهر العقاري ومن تواطأ معه اذا كان لطلبه محل : نقض مدني في ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥ .

المفروض أن المشترى الأول لم يسجل الا البيع الصادر له من المشترى الأول دون البيع الصادر من المالك الى المشترى الأول • فلو طبقنا القواعد العامة فى التسجيل ، لوجب القول بأن المشترى الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشترى الأول من المالك الذى لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشترى من المشترى الأول ولو سجل عقده • ولكن المادة ٦١٩ / ٧٤٦ من التقنين المدنى السابق تنص على انه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » (١) • ويؤخذ من هذا النص أنه فى الفرض المتقدم يفضل المشترى من المشترى الأول اذا سجل عقده أولا (٢) •

ثانيا — عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى

٢٧٠ — التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل : أما فى عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فليس التمييز الجوهرى هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة الى الغير كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق ، ففى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل • ولكن التمييز الذى يبرز فى العهد الذى يبرز فى العهد الذى نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل •

١ — حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ — البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة الى الغير ولا فيما بين المتعاقدين — التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث : لا ينقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة الى الغير ، وليس فى هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى

(١) على ان المادة ٦٣٥/٧٦٥ — ٧٦٦ من التقنين المدنى السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم فى العقار •

(٢) هالتون ص ٣٤١ — جوانمولان فى التأمينات فقرة ٨٨١ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذى اخذ به النص) •

السابق لا ينقل هو أيضا الملكية بالنسبة الى الغير • ولا ينقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضا وهذا هو الجديد • فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق ينقل الملكيـة فيمـا بين المتعاقدين كما سبق القول (١) فتجريد البيع غير المسجل من اثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسه التشريعيه المرسومه لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، بقصد تقويه آثر التسجيل وحمل الناس على المبادره الى تسجيل عقودهم •

ويترتب على ذلك أن المشترى لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العين المبيعه ، وان كان يستطيع كما سنرى آن يرفع على البائع دعوى صحه التعاقد أو دعوى صحة التوقيع • وقد قضت محكمه النقض فى عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجه لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراخيا الى ما بعد حصول التسجيل • واذن فلا يصح للمشترى — مادام لم يسجل عقده — أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وانما له ان يطالب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك • فاذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكيه وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (٢) • ويبقى البائع مالكا للمبيع (٣) ، ولكنه مع ذلك

---

(١) ومن ثم اذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فانه ينقل من غير تسجيل الملكية فيما المتعاقدين (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ٤٨٤) •

(٢) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ — وانظر تعليقا على الحكم للاستاذ حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٣) فاذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، =

يلتزم بتسليمه للمشترى ، واذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه . وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه ، فلا يجوز لوارث البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع الى المشترى أو أن يسترده منه بعد أن سلمه اياه (١) .

= نزعت على البائع لا على المشترى ، وانفسخ عقد البيع ، ولايكون للمشترى حق فى التعويض المعطى للبائع عن نزع الملكيه (استئناف مختلط ٢٨ ابريل سنه ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢) .

وقد قضت محكمة النقض بانه لا تنتقل الملكية فى المواد العقارية ولا الحقوق العينيه الاخرى سواء بين المتعاقدين ام بالنسبة للغير الا بالتسجيل . وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكيه على ذمه المتصرف ولا يكون للمتصرف اليه فى الفترة مابين تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون اى حق فيها . فاذا كان الثابت ان المشترين من مصلحة الاملاك لم يسجلا عقدهما فان العين محل التعاقد تكون باقيه على ذمة المصلحة البائعة ، فاذا خصصت للمنفعه العامة فان تخصيصها يكون قد ورد على مال من اموال الدولة وليس على مال مملوك لاحد الافراد وبالتالى تصبح من الاموال العامة التى لا يجوز التصرف فيها : نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنه ١٩ رقم ٢١١ ص ١٣٩٩ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذ كانت ملكية العقار لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجيل وكان عقد بيع المطحن لم يسجل قبل حصول تأميمه ، فان تلك الملكية تكون قد بقيت للبائع حتى نقلها التأميم الى الدولة . ولا يترتب على التأميم أو كونه عينيا انتقال هذه الملكية الى المشترى بغير تسجيل ولا يغنى تسليم المبيع عن التسجيل فى نقل الملكية : نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٣٩ ص ١٥٦٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتراخى انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم على المشترى بتثبيت ملكيته هو للمبيع . وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه فى تركته ، فان على الوارث أن يقوم للمشترى كمورثه بالاجراءات القانونية اللازمة للتسجيل من الاعتراف بصدور العقد بالاوضاع المعتادة أو بانشاء العقد من جديد بتلك الاوضاع . ومتى وجب هذا على الوارث فلن يقبل منه ان يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى ، لان من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له ان يدعيه لنفسه (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر ايضا المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢) . ويسرى التزام ورثة البائع فى حق دائنيهم (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة النقض بان عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل =

ويترتب على ذلك أيضا أن دائن المشترى لا يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد الى المشترى • أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه اذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى البيع (انظر م ٤٠٥ مرافعات) (٣) • وكذلك تنتقل ملكية العقار ، اذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، الى وارثه ا بائع • أما اذا مات المشترى قبل التسجيل ، فان الملكية لا تنتقل الى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشترى أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وان يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع •

= يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالبيع وحيازته حيازة هادئة ، اما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لان التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع الا اذا توافرت لديهم او لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكتسبة للملكية : نقض مدنى فى ١٦ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٦٥٨ •

كما قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لان من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز ان يدعيها لنفسه : نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٢٩ ص ٧٢٥ •

(١) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لانه اخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت اخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الاخذ بالاثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ودائنيهم (نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٩٧) •

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٣ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٩ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون قد جعل العبرة فى نفاذ التصرف الصادر من المدين او عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليه المزاد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فاذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذا فى حق هؤلاء أما اذا لم يشهر الا بعد تسجيل التنبيه او لم يشهر على الاطلاق فانه لايسرى فى حقهم ولو كان ثابت =

واذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار الى وارثه ، وباع الوارث العقار الى مشتر آخر ، فان التنازع يقع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث • وقد رأينا أن المشترى من المورث ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، هو الذى يفضل ، لأن الملكية انتقلت اليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية الى الوارث ، فيكون المشترى من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل اليه الملكية ولو سجل عقده • أما فى عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فالأمر يختلف • ذلك أن المشترى من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل اليه الملكية ، وانتقلت الى وارث البائع ، ثم انتقلت من الوارث الى المشترى منه اذا سجل الوارث شهادة الارث وسجل المشترى من الوارث عقد شرائه (١) • ومن ثم يفضل المشترى من الوارث على

= التاريخ قبل تسجيل التنبيه وبذلك تكون تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وبين تلك التى لا تنفذ فى حقهم ايا كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مدينا كان أو حائزا ودون تفرقة بين الحاجزين دائنين عاديين كانوا أو من اصحاب الحقوق المقيدة :.نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٢٩ ص ٧٨٤ •

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت بالاوراق ان المدين قد تصرف بالبيع فى المنزل المطلوب نزع ملكيته وتحصل المشترى على حكم بصحة التعاقد عنه وكان قد سجل صحيفة الدعوى وتأشر بالحكم على هامش تلك الصحيفة ، وكان اثر هذا التسجيل ينصرف الى تاريخ تسجيل الصحيفة الحاصل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فان ملكية العقار تكون قد انتقلت الى المشترى وخرج من ملكية المدين البائع وتكون اجراءات التنفيذ العقارى على ذلك العقار غير جائزة لخروجه من ملك المدين (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٤٨ ص ١٩٩) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ ان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع وان العقد الذى لميسجل لاينشىء الا التزامات شخصية بينطرفيه، فاذا لميسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل اليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه الى ورثته ، فاذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار ، فانه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وان كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد (نقض مدنى فى ٢٨ يونية سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٣٢ ، ونقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٧٣ المجموعة السابقة السنة ٢٤ ص ٩) •

المشترى من المورث اذا سبق الأول الثانى فى التسجيل (١). غير أنه اذا أشر المشترى من المورث ، باعتباره دائنا التركة ، بدينه طبقا لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى قبل أن يسجل المشترى من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن فى خلال سنة من تاريخ اشهار الارث ، كان له أن يحتج بحقه كمشتر على المشترى من الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل اليه ملكية المبيع ، فان له أن يطالب المشترى من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (٢) ، فاذا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لاينقل ملكية المبيع الى المشترى منه الا بالتسجيل . فاذا لم يسجل عقد شرائه ، بقى العقار على ملك البائع وانتقل الى ورثته من بعده بالارث . واذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه ، انتقلت اليه ملكيته . اما الاحتجاج بقاعدة الا تركة الا بعد سداد الديون وان شخص الوارث يغاير شخص مورثه فلا محل لاجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار انهما صادران من متصرف واحد فى حين انهما صادران من شخصين مختلفين — هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ، وفقا للمادة الاولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى ، والتى من مقتضاها الا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل ، وأن ليس للمشترى بعقد غير مسجل الا حقوق شخصية قبل البائع له . فكما أن البائع بعقد غير مسجل يستطيع ان يبيع مرة ثانية لمشتر آخر تنتقل اليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذى حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات فى حدود التركة يملك ان يتصرف فى العين التى يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتر آخر اذا لم يسجل المشترى من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية الى هذا المشترى الاخر بالتسجيل لبقائها حكما على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذا او غير نافذ فى حق دائنى التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائما فى الطعن فى هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق فى هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقا لاحكام الشريعة الغراء الواجب تطبيقها فى هذا الخصوص عملا بالمادة ٥٤ من القانون المدنى القديم (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٦٧ ص ٤٦٧ — وانظر ايضا : نقض مدنى اول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ — ٤ يونيـة سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٣ ص ٢٤ — ٢٨ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١١٢ ص ٧٩٤) . وانظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ ص ٢٩٦ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٨٢ — ص ١٨٣ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢١ — فقرة ٢٢٢ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٣ فى الهامش .

حصل على حكم بطلبه سجله فانتقلت اليه الملكية .

ونرى من ذلك أن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث فى حالتين :

١ ـ اذا سبق الى تسجيل عقده .

٢ ـ أو اذا أشر بحقه قبل تسجيل المشترى من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن فى خلال سنة من تسجيل شهادة الارث (١) . فاذا لم يفعل هذا ولا ذاك ، فضل عليه المشترى من الوارث اذا سجل عقده ، لأن هذا قد اشترى من الوارث بعد أن انتقلت اليه الملكية بالميراث . واذا تسلم المشترى من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك ، فان عقد البيع الذى فى يده لا يعتبر سببا صحيحا فى التقادم الخمسى ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكا للمبيع والسبب الصحيح فى التقادم الخمسى يجب أن يكون صادرا من غير مالك . لكن اذا استمر المشترى من المورث حائزا للعقار المبيع مدة التقادم الطويل ، انتقلت اليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

٢٧٣ ـ ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعا فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل : على أن البيع لم يصبح ، بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، عقدا شكليا لا يتم الا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضى ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل (٣). وقد كان

---

(١) الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ـ ص ٢٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من ان المشترين بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة ، واستغنت بهذا عن البحث فى أمر تسجيل الاختصاص الذى أخذ ضد المورث والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقا لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون فى ذلك ، لان واضع اليد المدة الطويلة مع العقد العرفى الثابت التاريخ يفضل قانونا على صاحب التسجيل (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان التراخى فى تسجيل التصرف لا يخرجه عن طبيعته ولا يغير من تنجيزه : نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٤٠ ص ٢٧١ .

هناك رأى يذهب الى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعا وانما يكون عقدا غير مسمى وأن البيع لا يتم الا بالتسجيل ، ولكن هذا الرأى بقى رأيا مرجوحا منذ ظهر ثم اختفى سريعا ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضى ولو لم يسجل (١) . فالبيع غير المسجل ينتج جميع آثار البيع ، اذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشىء جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية الى المشترى (٢) وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشىء البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشترى ، فيلتزم بموجبه المشترى بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وانما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل ارجاه الى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ — أول يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ — انظر ايضا استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ — ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠) .

هذا وقد قدمنا ان بيع العقار فى التقنين المدنى العراقى عقد شكلى لا يتم الا بالتسجيل فى دائرة الطابو ، وأن العقد غير المسجل فى دائرة الطابو ليس ببيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على انشاء التزام بالتعويض دون أن ينشىء التزاما بنقل الملكية (انظرا آنفا فقرة ٢٥٠ فى الهامش)

(٢) ويترتب على ان البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتى : (ا) ماقدمنا من ان البائع لايستطيع ان يطالب المشترى بتثبيت ملكيته على المبيع ولو انه لايزال مالكا لان البيع لم يسجل، ذلك انه ملتزم بنقل الملكية ومن كان ملتزما بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب بها (أنظر آنفا فقرة ٢٧١ فى الهامش) . (ب) يجوز للمشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائنا للبائع بنقل الملكية ، أن يحول حقه هذا لمحال له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) . (ج) اذا اشترط البائع على المشترى الا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فان البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . فاذا لم يدفع المشترى الثمن ، جاز للبائع اما مطالبته بالثمن واما فسخ البيع طبقا للقواعد العامة . وهذا =

المبيع (١) . ويترتب على ذلك أيضا أن البيع غير المسجل يبقى محتفظا

= الحكم صحيح حتى فى عهد التقنين المدنى السابق قبل قانون التسجيل (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مشترى العقار غير مسجل يعتبر مجرد دائن عادى بالالتزامات الشخصية المترتبة فى ذمة البائع والناشئة عن هذا العقد (نقض مدنى فى اول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٤ ص ١٥٩٩) .

كما قضت محكمة النقض بان عقد البيع غير المسجل يولد حقوقا والتزامات شخصية بين البائع والمشترى فيجوز للمشترى ان يحيل لاخر ماله من حقوق شخصية قبل البائع (نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ص ٣٥٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الاثر هو ان نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الاولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدنى السابق ، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراخيا الى بعد حصول التسجيل . اما أحكام البيع الاخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ، فالبائع يبقى ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمن ، الى غير ذلك من الالتزامات التى تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقضت أيضا بأن عقد البيع ، سواء كان مسجلا أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فاذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتب حق عينى عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فانه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى به المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق) . ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، الا اذا اشترط عدم الضمان وكان المشترى عالما وقت الشراء سبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار ، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . واذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشترى لم يكن الا نتيجة اهماله فى تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ _ وأنظر أيضا نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الاحكام المشار اليها فى هذا المعنى فى الحاشية قبل السابقة _ وكان هذا الرأى قد استقر فى القضاء المصرى قبل انشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ص ٢٩٩) .

بالوصف القانونى للبيع ، فجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ويصلح أن يكون سببا صحيحا فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلا للابطال ولو لم يسجل . ولكن لا يجوز لمشترى الأرض بعقد غير مسجل ان يطلب ازالة المنشآت التى يقيمها الغير على تلك الأرض (١) .

فنبحث اذن المسائل الثلاث الآتية :

١ - البيع غير المسجل ينشىء التزاما فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢ - وينشىء جميع الالتزامات الأخرى فى جانب البائع وفى جانب المشترى .

٣ - وتترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

١٥٨ - البيع غير المسجل ينشىء التزامات فى جانب البائع بنقل الملكية - كيف ينفذ هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية الى المشترى ، ولكنه ينشىء التزاما فى جانب البائع بنقل الملكية .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الحق الذى قرره المشرع فى المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى بازالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية انما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وقد خولها القانون لصاحب الارض بوصفه مالكا ، وليس لغيره الحق فى استعمالها ، ومن ثم لا يجوز للمشترى بعقد بيع غير مسجل طلب الازالة لان حق ملكية العقار لا ينتقل لمشترى لم يسجل عقد البيع الصادر اليه : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٤٩ ص ١٩٧ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت ان عقد البيع الذى تعلق بعقار لم يسجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت الى المشترية بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة البائعة ويكون ما انصرف الى المشترية هى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذى لم يسجل ، وهذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه ايضا تملك ما اقامته على الأرض المبيعة من مبان ذلك ان حق القرار حق عينى من قبل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الا بالتسجيل ، اما قبل تسجيل سند المشترى البانى فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشترى عنها تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها فى المادة ٩٢٥ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٣١ ص ١٢٠١ .

ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه الا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب اجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصى اذ لابد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وان يكون توقيعه مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشترى أن يطالب البائع ، تنفيذا للالتزام الذى فى ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد • فاذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية ، وانتقلت الملكية فعلا الى المشترى بالتسجيل •

واذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب الى الجهة المختصة للتصديق على امضائه ، أو أخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشترى اجباره هو أوورثته على القيام بذلك • ولا يكتفى المشترى بأن يطالب البائع بالتعويض عن الاخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل الى اجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعويين ابتكرهما العمل وأقرهما القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع•

٢٧٤ ـ دعوى صحة التعاقد : هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير اليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة

---

(١) كان يكون البيع قد صدر شفويا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة للتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة عادية وامتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص للتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة للتسجيل (الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٨ ص ٢٠٣) •

(٢) ولم يتخلف القضاء المختلط عن القضاء الوطنى فى اقرار دعوى صحة التعاقد ، فمن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ ـ ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ ـ ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ ـ ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ ـ ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ ـ ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ ـ ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ـ ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ ـ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ ـ ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ ـ ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ ـ ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ •

ونفاذ العقد » منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كان معترفا بصدور البيع منه (١) . فسواء كان البائع منكرا للبيع أو معترفا به ، فهو مادام ممتنعا عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد

= وتقوم دعوى صحة التعاقد على الاساس القانونى الاتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما بتمكين المشترى من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الاخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدنى على أنه « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد اذن هى دعوى يطلب فيها المشترى من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا فى عقد بيع صحيح نافذ . ويترتب على ذلك أنه اذا كان التنفيذ العينى غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فاذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتر ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشترى الاول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى الاول غير ممكن عينا ، ومن ثم ترفض دعوى المشترى الاول على البائع بصحة التعاقد (الاستاذ محمد على امام فقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢١ . قارن الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد اذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدى المشترى فى نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يحتج به فى مواجهته رغم صدور الحكم لمصلحته ، كمشتر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، اذ أن الحكم لمصلحة المشترى الاول وتسجيل هذا الحكم يصبح عديم الفائدة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ـ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد اذا اتضح أن المتدخل فيها هو المالك الحقيقى للعقار ، لان المشترى من غير المالك لا يجديه أن يصدر حكم بصحة تعاقده (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ وقد سبقت الاشارة اليه ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . ومما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست فى حقيقتها الا مطالبة المشترى للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشترى ، وانما يرفعها المشترى على البائع . أما الدعوى التى يرفعها البائع على المشترى فهى دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعا أن البيع غير مكتوب أصلا أو مكتوب فى ورقة عرفية . أما اذا كان مكتوبا فى ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشترى برفع دعوى صحة التعاقد ، لان الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة الى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمتنع البائع عن تقديم المستندات التى تثبت أصل ملكيته .

استطاع المشترى اجباره على ذلك ، بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيهما الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه

(action en réalisation, en constatation, de la vente)

فاذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشترى سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفى المصدق فيه على التوقيع ، وهو فى الوقت ذاته يثبت — أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية — وقوع البيع صحيحا نافذا . فيجوز اذن للمشترى أن يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع ، ولا يحتاج فى تسجيله الى تدخل البائع (١) ، ومتى

---

(١) وذلك بشرط أن يرفق المشترى بالحكم عند شهره المستندات والاوراق المثبتة لاصل ملكية البائع ، لان الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لاصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يعفى المشترى من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

ويقول الدكتور محمد شوقى فى هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيرا من المتعاملين كان يلجأ الى دعوى صحة التعاقد للتهرب من اثبات ملكية المتصرف . فاذا ما طالبت الهيئة التى كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشترى دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكما بذلك يقدم لاقلام الرهون ويسجل آليا باعتباره حكما واجب التنفيذ ، فتنتقل بذلك ملكية العقار اليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، انما كثيرا ما كان يحدث أن يغيب المدعى عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه، فيصدر الحكم على هذا الاساس، وتنتفى الحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذى كان يتطلب دقة فى البحث قبل تمكين أى شخص من التصرف ... وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقارى) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد الى سوء استعمال هذا الحق فى الماضى ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعفى المشترى من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع .. وقد كانت الاسباب التى سردناها داعية الى ألا يقر قانون الشهر العقارى دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستتبع ذلك عدم شهر الاحكام الصادرة فيها » . (الشهر العقارى علما وعملا ص ١٩١ — ص ١٩٣) . ويقول الاستاذ محمد أبو شادى : « واذا تعذر على المحكوم لصالحه فى دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لاصل الملكية نظرا لكونها فى حوزة الصادر ضدهم الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاورين ورجال الحكومة واصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يعمل اقرار بنتيجة هذا التحقيق ويحرر على ورق التسجيل المتموغ ويوضح به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الاقرار من الصادر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣) .

سجله انتقلت اليه ملكية المبيع (١) ٠

ويجب على المحكمة أن يقتصر حكمها على صحة ونفاذ عقد البيع دون القضاء بتثبيت ملكية المشترى للمبيع ، لأن الملكية لا تنتقل اليــه بعد تسجيل حكم صحة التعاقد (١) ٠

= وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم الشهر العقارى ان صدور الحكم بصـــحة التعاقد لا يعفى المشترى من تقديم كافه المستندات الداله على ملكيه البائع وما تطلبه مأمورية الشـــهر العقارى من بيانات : نقض مدنى ق ١٩ نوفمبر سنة ١٦١٨ مجموعة احكام النقض السنه ١٩ رقم ٢٠٧ ص ١٢٧٦ ٠

(١) وقد قضت محكمة النقض بان للمشترى أن يطلب تنفيذ ما تعهد به البائع من نقل الملكية اليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصـــحة عقد البيع توصلا الى تسجيل الحكم الذى يصدر له بما طلب ، والذى يحل فى هذه الحاله محل العقد فى التسجيل ٠ فاذا ما تمت هذه الاجراءات أصـــبح مالكا قانونا للعقار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته اذا وجدت منازعة من البائع او ورثته (نقض مدنى ٢٢ ديســـمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ ــ ١٩ أبريل ســـنة ١٩٥١ مجمـــوعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) ــ والذى يسجل هـــو الحكم وحده ، ولا حاجة الى تســـجيل العقد معه ، الا اذا كان الحكم قد احال عليه فيسجل الحكم ومعه العقـــد باعتباره من ملحقات الحكم (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٥١)، وهذا بخلاف دعوى صحة التوقيع ففيها يسجل العقد وهو الاصل ومعه الحكم باعتباره من ملحقاته ٠

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار كالدعوى العينية ، أو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية (م ٥٠/ مرافعـــات ــ استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد يقصـد بها رافعها المشترى اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا ، ومن ثم فالبائع هو الخصم الاصـــيل فيها حتى ولو كان قد باع ذات المبيع الى مشتر آخر ٠ ومن ثم يحق للبائع الطعن فى الحكم الصـــادر فيها بكافة طرق الطعن الجائزة قانونا : نقض مدنى فى ٣١ يناير ســـــنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٣ ص ٣٦٦ ٠

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الدعوى قد اقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليه فان لازم ذلك ان تتقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده . وما ارتكز عليه من سبب قانونى طالما لم يطرأ عليهما تغيير أو تعديل من الطاعن اثناء سير الخصومة ، وليس صحيحا فى القانون ما يقول به الطاعن من ان القضاء للمشترى بصـــحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك =

بل ان العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشترى تحت رحمته أثناء المدة الطويلة التى قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع الى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا الى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى اذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشترى به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشترى (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى

= ان المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد ، فيكون في معنى هذا الطلب ان ملكية العقار لم تنتقل بعد الى المشترى ، ولذا فان الحكم به متناقضا اذا ما اجتمع مع قضاء بتثبيت ملكية ذات المشترى لهذا العقار لما يفيده هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشترى لملكية العقار فعلا . لما كان ذلك ، فان الحكم المطعون فيه يكون صائبا اذ خلص الى تخطئة الحكم الابتدائي بمخالفة القانون للقضاء بما لم يطلبه الخصوم لما ثبت ان مطلب الدعوى انحصر في الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك تضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته الى المسقاة مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها اليه ، فان النعى يكون على غير اساس : نقض مدنى في ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١١٢ ص ٥٧٣ .

(١) ويستطيع المشترى الى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضا أن يكون للمشترى ـ اذا ما خشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب الى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، اذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدنى ١٧ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٢) ليس هذا فحسب ، بل ان البيع الصادر من البائع الى مشتر آخر اذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك في حق المشترى الاول الذى رفع هذه الدعوى الا اذا كان المشترى الآخر حسن النية =

عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التى تسجل صحيفتها ويكون لتسجيلها الحجية التى قدمناها طبقا للمادة السابعه من قانون

= ذلك أن حق المشترى الاول الذى سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لاتنعدم حجيته الا فى مواجهة الغير الذى كسب حقه بحسن نيه قبل تسجيل صحيفه الدعوى (م ١٧/٢ قانون الشهر) . كذلك لا يحتج على المشترى الاول بتسجيل سابق لعقد صورى ، سواء كان هذا العقد الصورى لا وجود له أصلا (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣) ، أو كان عقد ضمان فى صورة عقد بيع (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤) .

ويجوز للمشترى أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، حتى لو كان عقد البائع له لم يسجل الا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادتين ١٥ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى ان تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع لاثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه ان يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، وبذلك يكون المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طريقا يمكنه من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل اليه الحق من البائع المدعى عليه ، واعلام الغير بالاخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى ، واذا كان هذا الاعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده فانه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملا اذ ان هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه ، ومتى تقرر ذلك فان اثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ، يرتد الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، يستوى فى ذلك ان يكون هذه الحقوق قد قررت بتصرف رضائى صادر من البائع له أو نتيجة اجراءات تنفيذ عقارى اتخذت ضد هذا البائع ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر حين قضى ببطلان اجراءات نزع الملكية لتسجيل المطعون ضده الاول بتاريخ ١٩٦٨/٣/٧ صحيفة دعوى صحة التعاقد الصادر له من مدين الطاعنة ثم تسجيله الحكم الصادر فيها بتاريخ ١٩٦٩/٣/٢٠ ، فان النعى على الحكم القاضى ببطلان اجراءات نزع الملكية لورودها على عقار خرج من ملكية المدين ، يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٢٤ ص ٦٨١ .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٥٩ .

التسجيل (١) • وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤيدا للعمل وللقضاء ، فنص صراحة فى المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (٢) • ورتب

= وقد قضت محكمة النقض بأن الافضلية لا تثبت لرافع دعوى صحة التعاقد وفقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، الا اذا كان مستحقا لما يدعيه ، وهو لا يكون كذلك الا اذا كان المبيع المحدد فى صحيفة الدعوى ، هو بذاته المبيع الذى كان محلا للبيع ، لان اساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف ، وآشهار التصرف : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٩٣ ص ٥٨٤ •

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ — ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ ـ ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ ـ ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ٥٩ ص ٤٩٤ ـ ١٩ يونية سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧ •

وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها المشترى على البائع ـ على ما قضت به المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ـ يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة ، سواء كانوا خصوما فى تلك الدعوى التى سجلت صحيفتها او ظلوا بعبدبن عنها : نقض مدنى فى ١٩ اكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٣٢ ص ١٥٤٢ •

(٢) ولايجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد الا بعد اعلانها وقيدها بجدول المحكمة (م ١٥ قانون الشهر) ، ولا يكفى التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) • والعبرة فى تحديد الارض المحكوم باثبات صحة التعاقد فيها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣) •

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ ـ ١٣ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) • ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالاثر الرجعى للتسجيل ، فقد رتبت على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتى : (١) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عقد مشتراه للعقار المشفوع به وان كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢) • (ب) سقوط الحق فى الاخذ بالشفعة بمضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ =

على تسجيلها ، كما فى المادة ١٧/١ » أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها » .

وقد قضت محكمه النقض ببيان مفاد نص المادتين ١٥ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى أن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع باثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شانه ان يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . فاذا كان المطعون ضدهما قد سجلا صحيفة

= مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص٤٢٥ — ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (جـ) فى صدد المفاضلة بين أى الملكيين ، أرض الشفيع أو ارض المشترى ، تعود عليه منفعة اكثر ، يسقط اعتبار الشفيع مالكا لجزء من الاطيان التى يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) — فانسحاب أثر الحكم الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التى تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ ابريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٣ — الاستاذ محمد كامل مرسى شهر التصرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المعول عليه فى نقل الملكية ليس بالاسبقية فى تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، وانما بتسجيل الحكم او العقد : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٤ ص ١٥٩٩ .

كما قضت محكمة النقض بان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ، يقضى بان ملكية العقار لا تنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى باثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت ، وتسجيل الصحيفة يحفظ لرافع الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله ، بحيث أنه متى حكم له بطلباته فان الحق الذى قرره الحكم ينسحب الى يوم تسجيل الصحيفة اذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع أو ما صدر من مورثه من تصرفات اشهرت بعد هذا التاريخ ، ومفاد ذلك انه لا يكفى لاعتبار العقد مسجلا تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة ، وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد اية حجية بالنسبة لتسجيل العقد : نقض مدنى فى =

دعواهما (بصحة التعاقد) قبل ان يسجل الطاعن (مشتر ثان) عقده الصادر اليه من ذات البائع ، فانهما لا يحاجان بهذا التسجيل الأخير ولا ينتقل به الملكية الى الطاعن بالنسبة اليهما وعلى ذلك فلا يحول هذا التسجيل دون ان يحكم لها بصحة ونفاذ عقدها العرفى حتى اذا اشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على الطاعن (١) .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان تسجيل التصرف الحاصل من نفس البائع للمطعون ضدها قد تم بعد تاريخ شهر صحيفة الدعوى المرفوعة من الطاعنين فانهما لا يحاجان بتسجيل هذا التصرف وبالتالى فهو لا يحول دون ان يقضى للطاعنين بصحة عقدهما حتى اذا ما أشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على المطعون ضدهما فاذا اعتبر الحكم المطعون فيه تسجيل عقد المطعون ضدهما حجة على الطاعنين ومانعا من القضاء لهما بصحة ونفاذ عقدهما يكون قد خالف القانون (٢) .

وشهر حكم صحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التأشير على هامش تسجيل الصحيفة بما يفيد صدور الحكم ويصبح حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على ذات العقار من تاريخ تسجيل الصحيفة وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى نصوص المواد ١٥ و ١٦ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ان المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طريقا يمكنه من التمسك بالحكم

= ٢٣ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٠٩ ص ٦٧٧ .

وقضت محكمة النقض ايضا بانه لا يكفى لنقل الملكية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به وفقا للمادتين ١٥ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ اذ فى هذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى : نقض مدنى فى ٢٨ يونية سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٣٢ .

(١) نقض مدنى فى ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٢٩٨ ، ونقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ المجموعة السابقة السنة ١٧ ص ٧٢٣ — ونقض مدنى فى ١٩ اكتوبر سنة ١٩٦٧ المجموعة السابقة السنة ١٨ رقم ٢٣٢ ص ١٥٤٢ — ونقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧١ المجموعة السابقة السنة ٢٢ رقم ١٨٥ ص ١٠٩٦ .

(٢) نقض مدنى فى ١٣ ابريل سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٢٦ ص ٨٢٨ .

الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل اليه الحق من البائع المدعى عليه واعلام الغير بالاخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى واذا كان هذا الاعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده ، فانه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملا اذ ان هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه • ومتى تقرر ذلك كان اثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (١) •

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحا نافذا وأن هذا العقد لا يزال صحيحا نافذا وقت صدور الحكم ، فانه يجوز للبائع أن يتقدم فى هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك (٢) ، فيجوز له اذن أن يدفع الدعوى بصورية

(١) نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٣٢ ص ١٩٣ •

(٢) لذلك يقع على المشترى عبء اثبات صدور البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفا قانونيا ، فلا يجوز اثباته بالبينة أو القرائن الا اذا كان الثمن لا يزيد على عشرين جنيها . والغالب أن يقدم المشترى ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فيتسع المجال عندئذ للبائع فى ان يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالابطال أو بالفسخ او بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن •

وقد قضت محكمة النقض بانه مادامت محكمة الموضوع قد سلجت على المشترى بحق انه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا ، فانه لا يجوز له ان يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد او صحة ونفاذ العقد لان من حق البائع ان يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١١٤ ص ٧٤٣ •

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لغير البائع ان يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لان هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل الا من المتعاقد الآخر ، فاذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والايداع الحاصلين من المشترى صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الايداع مبرئا لذمة هذا المشترى من الثمن ، فانه لايقبل من الطاعن — وهو مشتر ثان — الطعن على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه : نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٣٢ •

البيع (١) ، أو ببطلانه لانعدام التراضى أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من اسباب البطلان • ويجوز له أن يرفع دعوى فرعية بابطال البيع لغلط أو تدليس أو أكراه أو استغلال (٢) أو

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قضاءها جرى على ان دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى أمر صحة العقد ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو بصحته أو بطلانه ومنها انه صورى صورية مطلقة اذ من شأن هذه الصورية لو صحت ان يعتبر العقد ولا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه : نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ٥٧٧ ، نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ المجموعة السابقة السنة ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦ •

كما قضت محكمة النقض بأن الدعوى بصحة ونفاذ العقد – وعلى ماجرى به قضاء المحكمة – هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، وهو ما يقتضى ان يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ، ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد او انعدامه وبصحته او بطلانه ، ومنها انه صورى صورية مطلقة ، اذ من شأن هذه الصورية لو صحت ان يعتبر العقد لا وجود له قانونا ، فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه : نقض مدنى فى ١٢ ابريل سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠٥ ص ٥٩٦ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت أن مورثه المطعون عليهم اقامت دعواها بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من المحجوز عليه بينما اقام الطاعن بصفته قيما على المحجور عليه دعواه ببطلان عقد البيع المذكور لان البائع لم يبرم العقد الا لان مورثه المطعون عليهم استغلت فيه طيشا بينا وهوى جامحا ولان التصرف صدر منه وهو سفيه نتيجة الاستغلال والتواطؤ ، وقررت المحكمة ضم الدعوى الثانية الى الاولى لتصدر فيهما حكم واحد للارتباط وقضت باحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت القيم على المحجور عليه ان عقد البيع صدر نتيجة استغلال ثم حكمت بصحة ونفاذ العقد وبرفض دعوى البطلان فاستأنف الطاعن بصفته هذا الحكم ودفع المطعون عليهما الثانى والخامس باعتبار الاستئناف كان لم يكن لان الطاعن لم يعلنهما اعلانا صحيحا خلال ثلاثة شهور من تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف الى قلم كتاب المحكمة ، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابلة للتجزئة لانه يدور حول صحة البيع وبطلانه ولايتصور ان يكون هذا التصرف صحيحا بالنسبة لمن اعتبر الاستئناف كان لم يكن بالنسبة لهما من بين ورثة المشترية وان يعتبر ذات التصرف باطلا بالنسبة للباقين مع انهم جميعا ورثة وهو سواء =

لنقض فى الأهلية (١) • ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه لتحقق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٢) • ويجوز له أخيرا

= فى المركز القانونى مادامقد اختصموابهذه الصفة ، ولايحتمل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد • لما كان ذلك فان اعتبار الاستئناف كان لم يكن بالنسبة للمطعون عليهما الثانى والخامس يستتبع اعتبار كأن لم يكن بالنسبة لباقى المطعون عليهم : نقض مدنى فى ١٧ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢١٢ ص ١٢٣٠ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت ان الطاعنه اقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من مورث المطعون عليهم ، واختصمت جميع ورثته فقضى فيها ببطلان عقد البيع ورفض الدعوى لان البائع كان فاقد الادراك معدوم الارادة وقت التصرف ، فاستأنفت الطاعنه هذا الحكم وانقطعت سير الخصومة فى الاستئناف لوفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم فجددت الطاعنه السير فى الاستئناف ودفع بعض الورثة بسقوط الخصومة لاعلانهم بالتجديد بعد الميعاد القانونى ، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لانه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه ولايتصور ان يكون هذا التصرف باطلا بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لان الحكم الابتدائى ببطلان العقد يصبح نهائيا بالنسبة لهم وان يعتبر ذات التصرف صحيحا بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعا سواء فى المركز القانونى مادامو ا قد اختصموا بهذه الصفة ولايحتمل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد ، لما كان ذلك فان سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقين : نقض مدنى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة احكا م النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٥ ص ٧٥٤ •

(٢) ومن اسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فاذا لم يقم المشترى بالتزامه من دفع الثمن ورفع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع ان يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن فيتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقا للقواعد المقررة فى الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٤٧ ص ٤٥١ ـ ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٧ ص ٧٨٩ ـ الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٥٠ ـ الاستاذ منصور مصطفى فقرة ٦٩ ص ١٠٩ •

وقد قضت محكمة النقض بانه مادامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا ، فانه لا يجوز له ان يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شانها نقل =

أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزاماته (١) .

ولما كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع (دعوى صحة التعاقد)

= الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لان من حق البائع ان يحبس التزامه حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١١٤ ص ٧٤٤ .

ومن اسباب ابطال البيع صدوره من محجور عليه دون أن تلحقه الاجازة ، فلابد ان تتثبت المحكمة مما اذا كان البيع فى هذه الحالة قد اجيز أو بقى دون اجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا تمسك المشترى رافع دعوى صحة التعاقد ونفاذه بان ورثة البائع المحجور عليه قد اجازوا البيع بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبى ، فلا يعرض الحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى بناء على أن المحجور عليه كان قد توفى فى الوقت الذى صدر فيه اذن المجلس الحسبى ، فان الحكم يكون قاصر التسبيب متعينا نقضه (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥) .

(١) اما اذا كان البيع منفسخا فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويكفى دفع الدعوى الاصلية بان البيع منفسخ . كذلك يكفى الدفع بعدم تنفيذ المشترى لالتزاماته ، فيتعين عندئذ على المحكمة ان تبحث أمر قيام المشترى بالتزاماته حتى يكون له الحق فى طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان اساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بانفاذ هذه الالتزامات جبرا على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذى صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالاذن فى تسجيل الحكم توسلا لانتقال الملكية ، فهى بحكم هذا الاساس وتلك الطلبات تستلزم قانونا من القاضى ان يفصل فى أمر صحة البيع ، ثم يفصل ايضا فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع . واذا كان من الاعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه فى العقود التبادلية أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف بالتزامه ، فان هذا يستجر النظر فى أمر قيام المشترى بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون او لايكون له الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته واذا كان محل هذه الامور يتحتم أن يتعرض لها القاضى للفصل فى الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيدا بذات صحة الفسخ فحسب . وكذلك لايصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، اذ استعمال الحق كما يكون فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٢) .

واذا اشترى شخص عقارا من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لان ملك الغير هنا قابل =

هى دعوى استحقاق مآلا للقدر المبيع ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم مقام التوقيع على عقد البيع النهائى بحيث لو تم تسجيله انتقلت اليه ملكية المبيع ، فانه يتعين على المحكمة عند الفصل فيها أن تبحث كل ما يثار أمامها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه وامكان نقل ملكية المبيع من عدمه (١) وكل ما يثار من أسباب

= للابطال اذ الابطال من حق المشترى وحده وهو الذى يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه للدعوى اجازة للعقد ، ولكن لان هذا البيع غير نافذ فى نقل الملكية للمشترى ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل الا اذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى فى ذلك ان يتدخل المالك الحقيقى فى الدعوى او لايتدخل (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٥٠ — ص ١٥١ — وانظر فى حالة تدخل المالك الحقيقى : نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) .

فيجوز اذن للمالك الحقيقى أن يتدخل فى دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل فى الملكية ، بل يجب الفصل فى الملكية فى الدعوى ذاتها (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) . واذا تمسك احد الخصوم فى دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ١٦ اكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . واذا تمسك احد الخصوم فى دعوى صحة التعاقد بملكيته هو للعقار المبيع ، تعين على المحكمة المنظور امامها الدعوى الفصل فى ذلك ، اذ أن الحكم بصحة التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقى شخصا صدر له عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد فيجب فى هذه الحالة رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشترى الذى سجل أولا حسن النية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولهذا فان المشترى لا يجاب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ، واذا كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شانها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا ، فان للبائع ان يدفع هذه الدعوى باستحالة تنفيذ هذه الالتزامات بسبب انتقال الملكية الى مشتر ثان منه ويستوى فى ذلك ان يتدخل المشترى أو لا يتدخل ، وللمشترى أن يطعن فى مواجهة البائع فى عقد هذا المشترى الثانى بما شاء من الطعون التى يقصد بها ازالة أثر تسجيل هذا العقد ليصل =

بطلان العقد اذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (١) ، وما يثار من عدم امكان تنفيذ عقد البيع لوروده

= بذلك الى اثبات ان التزامه بنقل الملكية اليه ممكن وان كان الحكم الذى صدر لصالحه بذلك لايكون حجة على المشترى الثانى ، فاذا كان الحكم قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع دون ان يبحث أمر البيع المشهر الذى تمسك البائع بصدوره الى المشترى الثانى أو يرد على دفاعه بشأنه فانه يكون مشوبا بالقصور بما يبطله (نقض مدنى فى ٥ يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٤٠ ص ٨٨٦) .

وقضت محكمة النقض بان دعوى صحة التعاقد ـ وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ـ دعوى استحقاق مآلا للقدر المبيع بقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، وهذا يقتضى عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه (نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٧ ص ٤٧٨) .

كما قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مالا للقدر المبيع يقصد بها ـ على ماجرى به قضاء محكمة النقض ـ تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه (نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٢ ص ٢٨١) .

وقضت محكمة النقض ايضا بان دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى ان يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ولا يجاب المشترى الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين (نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الثالث رقم ٣٤٤ ص ٣٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى امر صحة البيع ثم يفصل فى امر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع أو لم يكن ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب بطلان العقد اذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . =

على شيء غير قابل للتعامل فيه (١) ، وبحث ذاتيـة الشيء المبيع الذى هو ركن من أركان البيع والتحقق من موقعه ومساحته وحدوده (٢) .

= كما قضت محكمة النقض ايضا بأن دعوى صحة التعاقد — وعلى ماجرى به قضاء النقض — هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه فى مواجهة خصوم المشترى ويستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ماسجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى امر صحة التعاقد وآثاره وبالتالى تتسع هذه الدعوى لبحث كل مايثار من منازعات تتعلق بانعقاد العقد ومدى صحته وجديته (نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٣١ ص ١٢٠١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا فاذا كان هذا التنفيذ قد اصبح غير ممكن لوروده على شيء غير قابل للتعامل فيه ، فان طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض (نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢١١ ص ١٣٩٩) .

كما قضت محكمة النقض بانه لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكيـة ، فان المشترى لا يجاب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنا ، اذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى بطلان عقد البيع الصادر من المطعون عليه السابع الى مورث المطعون عليهن من الرابعة للسادسة ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر من هؤلاء المشترين عن ذات العقار ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير اساس (نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٨٢ ص ٩٤٦) .

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التعاقد — وعلى ما جرى به قضاء النقض — هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى امر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه (نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٣٠ ص ١١٩٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى امر صحة البيع واستيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث ذاتية الشيء المبيع الذى هو ركن من اركان البيع ويجب على المحكمة ان تتحقق من موقعه ومساحته وتعيين حدوده وأوصافه تعيينا مانعا =

ويجوز لمن يدعى ملكية العقار المبيع أو حقا عينيا عليه ان يتدخل هجوميا فى دعوى صحة التعاقد ، ويتعين على المحكمة الفصل فى التدخل قبل الحكم فى دعوى صحة التعاقد وقبل التصديق على الصلح المبرم بين المتعاقدين .

وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتيا مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه الا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا ، اعتبارا بان هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بالحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده الى تخلف الصفة أو الى فساد الادعاء (١) .

وتتقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى (٢)

وكما يجوز للمشترى رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضا أن يرفعها على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع فى

= للجهالة قبل الحكم بانعقاد البيع (نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٢٢ ص ٧٨١) .

(١) نقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٧٧ ص ٣٦٤ ونقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ٣٥ ص ٢٢٢ .

(٢) غير انه اذا تسلم المشترى العقار من البائع ، فمن الجائز ان يكون قد تملكه بالتقادم الطويل مدة خمس عشرة سنة . واذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلم المشترى العقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك بالرغم من تسلم المشترى للعقار ؟ الظاهر انه يمكن اعتبار تسلم المشترى للعقار قاطعا لمدة التقادم المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد اذا كان المشترى قد تسلم العقار قبل انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع (انظر فى هذا المعنى الدكتور محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٢٠٠) .

تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع أن يحتج على المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (١) ، ويجوز لوارث المشترى أن يرفع دعوى صحة التعاقد على البائع أو على وارثه . على الوجه الذى قدمناه (٢) .

واذا كان المشترى قد اشترى من بائع عقده لم يسجل ، فللمشترى أن يرفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع للبائع ، حتى يتمكن — بعد تسجيل الدعوى والتأشير بالحكم — أن يسجل عقد البيع

= وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر ان للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع ان يضم الى حيازته حيازة سلفه فى كل مايرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وانه ليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين اليه وتكون حيازته فى هذه الحالة امتداد لحيازة سلفه البائع له ، كما انه من المقرر كذلك ان على مدعى التملك بوضع اليد اذا اراد ضم مدة سلفة الى مدته ان يبدى هذا الطلب امام محكمة الموضوع ويثبت ان سلفة كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية : نقض مدنى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٧٧ ص ١٤٦٢ .

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ — كذلك لايجوز لدائنى تركة البائع ان يتمسكوا ضد المشترى بعد تسجيل البيع . فاذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه للعادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع، ولايجوز لهذا الدائن اجراء التنفيذ على العقار باعتبار انه كان مملوكا للمورث وقت وفاته ، خصوصا اذا كان المشترى قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة افرزت المبيع (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

(٢) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ وقد سبقت الاشارة اليه .

وقضت أيضا محكمة النقض بأن طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الاحوال غير قابل للتجزئة ، اذا مثل هذه الدعوى التى يقصد منها ان تكون دعوى استحقاق مالا يعتبر فى الاصل قابلا للتجزئة لكل وراث ان يطالب بحصته فى المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك مالم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نقض مدنى اول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) . ولكن يبدو أن للبائع فى هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب =

الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هـو مـن البائع (١) .

= تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل الثمن من التركة. وقضت محكمة النقض أيضا بانه يجوز تقرر عدم التجزئة بارادة المتبايعين ، فاذا اشترى شخص قطعتي ارض منفصلتين الواحده عن الاخرى بعقد بيع واحد ، وتعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية ، واتضحت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتي الارض على السـواء لمشـتر واحد يكمل من باقي ثمن احداهما ما على الاخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة الى احدى القطعتين لعدم القابلية للتجـزئة (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

وقد قضت محكمة النقض بان موضوع دعوى صـحة ونفاذ عقد بيـع اطيان زراعية رفعها المشترى ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئه بطبيعته ذلك انه قد يصح البيع بالنسبة لمن اقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمـن طعن منهم فيه (نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٧٠ ص ١١٣٧) .

هذا ويجوز لدائني المشترى رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشترى مدينهم اذا اهمـل هذا فى رفعها (الاسـتاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(١) نقض مدنى ٦ ابريل سنة ١٩٤٤ مجمـوعة عمـر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ ــ ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمـر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ ــ (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٧ ــ الاسـتاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ ــ ص ٣٦١) . وقضت محكمة النقض بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البـائع الاصـلى بالتوقيع له على عقد بيع صالح للتسجيل اذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله ــ حتى لو قيـل بوجود حق مباشر له قبله ــ هو ان يطلب منه التوقيع على عقد بيع صـالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) ــ واذا رفع المشترى الدعـوى على كل من البائع والبائع للبائع ، فصل فى هذه الدعوى فى صحة العقدين ، العقد الصادر من بائع البائع للبائع والعقد الصادر من البائع للمشترى ، كما ان كل الحقوق التي كسبها البائع من بائعه تنتقل الى المشترى منه (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١) .

وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان المقصود بدعوى صحة ونفـاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فان المشترى لا يجاب الى طلبـه الا اذا كـان انتقـال وتسـجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنا ، فـاذا ظهر للمحكمـة من اوراق الدعوى ان الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لان عقد شرائه لم يسجل وان المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصـادر منه توطئة للحكم بصحة عقده هو حتى اذا =

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع - المعروفة بدعوى صحة التعاقد - هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فان المشترى لايجاب الى طلبة الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، ومن ثم فاذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى ان الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لان عقد شرائه لم يسجل وان المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه الى البائع للمشترى توطئة للحكم بصحة عقده هو حتى اذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية اليه ، فانه لا يكون للمحكمة أن تجيب المشترى الاخير الى طلبة وتكون دعواه بطلب صحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبوله ذلك انه مادامت الملكية لم تنتقل الى البائع له فان هذا البائع لا يستطيع نقلها اليه ، كما وأن الحكم للمشترى فى هده الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه وقد يمتنع

= ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية اليه ، فان طلب المشترى الاخير صحة ونفاذ عقده يكون غير مقبول (نقض مدنى فى ٣ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٩٢ ص ٥٧١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية مما مفاده ان المشترى يجاب الى طلبة اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، واذ كان الثابت من الاوراق أن الطاعن المشترى كان قد اقام دعوى ضد البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليه وقضى فيها بالحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى ، فان حسب المطعون عليها - المشترية من الطاعن - ذلك حتى تكون دعواها بصحة عقدها مقبولة لانه اذا ما سجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية اليه ويصبح تسجيل الحكم الصادر (نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٣١ ص ١٨٠١) .

من باع لهذا البائع عن القيام باجراءات اللازمه لهذا التسجيل ولا يكون فى الامكان اجباره على انفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد اذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى (١) •

واذا عدل المشترى طلباته فى دعوى صحة التعاقد وجب تسجيل صحيفه تعديل الطلبات والا فقد ميزه الأسبقيه فى التسجيل •

وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى المفاضلة باسبقية التسجيل هى ان يكون المتصرف واحدا • فاذا كان الثابت فى الاوراق ان المطعون عليه الأول اشترى قطعه الارض محل النزاع بعقد غير مسجل من شخص كان قد اشتراها بدوره من آخرين بعقد غير مسجل ، ثم أقام المطعون عليه الأول الدعوى بصحه ونفاذ البيع الصادر له من بائعه وسجل صحيفتها دون أن يطلب الحكم بصحه ونفاذ البيع الصادر لبائعه من البائعين الأصليين ، فلما تبين له ان البائعين قد باعا جزءا من هذه الأرض ، عدل طلباته بان أضاف اليها طلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لبائعه دون ان يسجل صحيفه التعديل ، بينما سجل الطاعنان — المشتريان الآخران — عقد البيع الصادر لهما من البائعين الاصليين ، ومن ثم فانه لا يجوز تطبيق مبدا الأسبقية فى التسجيل بين صحيفة دعوى المطعون عليه الأول وعقد الطاعنين لاختلاف المتصرف فى البيعين ، وانما يكون المفاضلة بين طلبات المطعون عليه الاول المعد له التى طلب فيها الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه ، وبين عقد الطاعنين لاتحاد المتصرف فى هذه الحالة وهما البائعان الأصليان ، واذ لم يسجل المطعون عليه الأول صحيفة التعديل فى حين أن الطاعنين قد سجلا عقدهما فانهما يفضلان عليه (٢) •

---

(١) نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٦٤ ص ١١٩٦ •

(٢) نقض مدنى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٧٤ ص ١٠٨٧ •

أما اذا اقتصر الامر على مجرد تدخل النائب القانونى عن المشترى فى دعوى صحة التعاقد للحكم له بالطلبات الواردة بأصل صحيفة المفتاح =

واذا صدر حكم بصحة التعاقد وحاز قوة الأمر المقضى ، فانه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدرفيها من رفع دعوى جديدة ببطلان عقد البيع أو المنازعة فى صحته (١) .

الدعوى المسجلة دون تغيير منها او اضافة فان ميزه الاسبقية التى اكتسبتها تلك الدعوى لا تزول ولا تتغير ، لانه لا يشترط فى هذه الحاله تسجيل صحيفة ادخال أو تدخل النائب القانونى على المشترى وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة دعوى صحه التعاقد التى يرفعها المشترى على البائع — على ما قضت به المادة السابعة عشره من القانون رقم ١١٤ لسنه ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى — يحدث اثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة ، واذ كان هذا الاثر لا يزول بدخول النائب القانونى عن المشترى فى الدعوى للحكم له بالطلبات التى تضمنتها الصحيفة المسجله ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه ان محكمة الموضوع قد حصلت بادلة سائغة ومما له اصله الثابت فى الاوراق ان الطلبات الوارده بصحيفة تصحيح شكل الدعوى هى ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاحها المسجلة ، والتى طلبت فيها المطعون عليها الاولى الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لولديها ، وان ما طرا على الدعوى من تعديل ينحصر فى دخول المطعون عليه الثانى فيها كولى شرعى على ولديه المشترين طالبا الحكم بصحة ونفاذ العقد المذكور ، وهى ذات الطلبات المبينة بصحيفة الدعوى الاصلية ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بأفضلية هذا العقد لتسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة عنه قبل الحكم الصادر بصحة عقد الطاعنة ، لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٤ ص ١٢٦٠) .

(١) وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم النهائى فى الدعوى الاولى قد حسم النزاع بين الخصوم وقضى بصحة عقد البيع الوفائى المبرم بينهم رغم الدفع فى هذه الدعوى ببطلان البيع لاخفائه رهنا ، فان هذا الحكم حتى ولو لم يبحث هذا الدفع يحوز قوة الامر المقضى فى شان صحة العقد ويمنع الخصوم انفسهم أو خلفهم من التنازع فى هذه المسالة فى دعوى ثانية بطلب بطلان ذلك البيع ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ذلك أن طلب صحة العقد ونفاذه وطلب بطلانه متصلان اتصالا كليا اذ علة الحكم بصحة العقد فى الدعوى الاولى عدم بطلانه والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما انه غير باطل (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) .

كما قضت محكمة النقض بأن الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل فى نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى امر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ثم يفصل فى امر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فأن تلك الدعوى تتسع لان يثار فيها =

٢٧٤ مكرر — زوال الاثر المترتب على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد :

= كل اسباب بطلان العقد اذ من شأن هذا البطلان لو صح ان يحول دون الحكم بصحة العقد ، وعلى ذلك فانه اذا فات الخصم ابداء سبب من هذه الاسباب كان فى استطاعته ابداؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فان هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا الى هذا السبب . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلان عقد لسبب من اسباب البطلان ، اذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده فترفضه او تقبله وهى حين تنتهى الى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا السبب لا يمتنع الى القضاء بصحة العقد ، ومن ثم فان حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من اسباب البطلان . اما فى دعوى صحة ونفاذ العقد فالامر مختلف اذ المحكمة لا تقف عند رفض اسباب البطلان التى توجه الى العقد بل انها تجاوز ذلك الى البحث فى صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه الا اذا تحقق لها من الاوراق المقدمة اليها ان التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ (نقض مدنى فى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٢٣ ص ٨٩٦) .

وقضت ايضا محكمة النقض بان دعوى صحة التعاقد تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ، ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لان تثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، اذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ولهذا فاذا فات الخصم ابداء سبب من الاسباب كان فى استطاعته ابداؤه فى تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فان هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا الى هذا السبب ، ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ، وكونها فى الدعوى الاولى صحة العقد ونفاذه ، وفى الثانية بطلانه ، ذلك ان طلب صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشىء واحد ، والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما القضاء بأنه غير باطل ، واذ التزم المطعون فيه هذا النظر ، فانه لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى فى ١٧ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٣٧ ص ٧٧٢) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان المشترى لعقار بعقد غير مسجل — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — يعتبر دائنا للبائع ، وكان الحكم بصحة العقد الصادر من المدين حجة على دائنه لان المدين يعتبر ممثلا لدائنه فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفا فيها ، وكان الحكم نهائيا بصحة ونفاذ العقد هو قضاء بانعقاده صحيحا ونافذا بين طرفيه — فانه =

لاحظ المشرع أن المشترين يكتفون بتسجيل صحف الدعاوى التى يقيمونها بصحة التعاقد دون تسجيل الأحكام النهائية التى تصدر فيها أو التأشير بها على هامش تسجيل تلك الصحف ، اعتمادا على انه مهما طال زمن تراخيهم فى تسجيل أحكامهم أو التأشير بها لن يضاروا ولن يفقدوا أسبقيتهم التى اكتسبوها بتسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد ، ذلك ان المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى لم تتضمن تحديد مدة زمنية للتأشير خلالها على هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد بالحكم النهائى الصادر فيها •

ورأى المشرع ان استقرار المعاملات تقتضى تحديد زمن معين للتأشير على هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد بالحكم النهائى الذى يصدر فيها حتى يتسنى الاحتفاظ بميزة الأثر الرجعى الذى تقرره الفقرة الاولى من المادة ١٧ من القانون المشار اليه بانسحاب أثر الحكم الى تاريخ تسجيل الصحيفة • فأصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ باضافة فقرة ثالثة للمادة ١٧ جرى نصها بما يلى : « ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول » •

وقد تم نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٧٦ ونص فيه على أن يعمل بأحكامه بعد مضى ثلاثين يوما على نشره ، أى سرت أحكام هذا القانون اعتبارا من أول مايو سنة ١٩٧٦ (١) •

= يمتنع على من يعتبر ذلك الحكم حجة عليه العودة الى الادعاء بتزوير ذلك العقد ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى التى صدر فيها الحكم الاول اذ ان الادعاء بالتزوير فى هذه الحالة لا يعدو ان يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى كان يجب ابداؤه امام المحكمة التى نظرت هذا الموضوع ولا يكون لغيرها ان تنظره (نقض مدنى فى ٩ يونية سنة ١٩٨٣ الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٤٣ قضائية ، لم ينشر بعد) •

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ عن هذه المادة ما يلى « اثبت الواقع العملى أن كثيرا من اصحاب الشأن فى دعاوى صحة التعاقد يكتفون بتسجيل الصحيفة ولا يقومون بتسجيل الحكم =

وقد جاء هذا النص المستحدث عاما وغير قاصر على دعاوى صحة التعاقد ، ومن ثم يشمل حكمها كافة الدعاوى التى اشارت اليها الفقرة الاولى من المادة ١٧ والتى عددتها المادة ١٥ وهى الدعاوى التى يكون العرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ او الالغاء أو الرجوع ، ودعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية ، ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

ومفاد هذا النص المستحدث أنه يجب التأشير على هامش تسجيل الصحيفة خلال خمس سنوات من صيرورة الحكم الصادر فى الدعوى نهائيا ، والا زال الأثر الرجعى الذى تقرره الفقرة الاولى من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وفقد المشترى الأسبقية التى اكتسبها من تاريخ تسجيل الصحيفة . وتسرى مدة الخمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا بعد العمل باحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أى من أول مايو سنة ١٩٧٦ . أما بالنسبة للاحكام التى صارت نهائية قبل العمل بأحكام ذلك القانون فتسرى السنوات الخمس اعتبارا من أول مايو سنة ١٩٧٦ تاريخ العمل بأحكام القانون المشار اليه .

وغنى عن البيان أن الحكم يعتبر نهائيا اذا كان قد صدر فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته ، أو من تاريخ انقضاء ميعاد الطعن عليه بالاستئناف اذا كان قابلا له ، أو من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى اذا كان قابلا له وطعن عليه بالاستئناف .

ولا تبدأ مدة الخمس سنوات فى حالة شمول الحكم بالنفاذ المعجل ولم يصبح نهائيا بعد ، ذلك أن الحكم غير النهائى لا يجوز التأشير به

= والتأشير به بعد ذلك اعتمادا منهم على ان تسجيله والتأشير به جائز فى أى وقت وانهم لن يضاروا بسبب هذا التراخى لان التأشير بالحكم بعد تسجيله سوف يرجع اثره الى وقت تسجيل صحيفة الدعوى وهو أمر أدى الى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها ولذا فقد رؤى التدخل لوضع حد زمنى لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من الاثر الرجعى . ولهذا فقد استحدث المشروع حكما يقضى بعدم سريان الاثر الرجعى الذى تقرره الفقرة الاولى من المادة ١٧ من القانون القائم على الاحكام التى يتم التأشير بها بعد =

على هامش تسجيل الصحيفة ولو كان مشمولا بالنفـــاذ المعجل عمـــلا بصريح نص المادة ١٦ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى التى تنص على أن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها »

وقد أضاف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الى المادة ١٦ ســالفة الذكر فقرة جديدة نصت على مايلى : « ويتم التأشير بالنســبة للأحكام الواجب تسجيلها عند تسجيل هذه الأحكام » • وقد هدف المشرع من وراء تلك الاضافة الى ازالة اللبس الذى ثار حــول كون التأشــير على هامش تسجيل صحيفة صحة التعاقد على الحقــوق العينية العقــارية بمنطوق الحكم الصادر فيها يغنى عن تسجيله ، فى حين أن تسجيل حكم صحة التعاقد مازال واجبا لنقل الملكية ، ذلك أن التأشير بالحكم النهائى على هامش تسجيل الصــحيفة وان كان يكفى لينتج أثره الرجعى الى تاريخ تسجيل الصحيفة والحفاظ على الاسبقية التى تقررت له من ذلك التاريخ ، الا أنه لا يغنى عن تسجيل الحكم فى نقل الملكية (١) •

ومفاد هذا النص المستحدث المضــاف الى المادة ١٦ من قانون الشهر العقارى انه لكى يحتفظ المشترى بأثر تسجيل صــحيفة دعوى صحة التعاقد من الزوال والافادة من الأثر الرجعى المنصوص عليه فى

= مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية او من تاريخ العمــل بهذا الحكم المستحدث ايهما اطول » •

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القــانون عن الفقرة المضافة الى المادة ١٦ من قانون الشهر العقارى ما يلى : « أضاف المشروع فقرة جديدة للمادة ١٦ من القانون القائم تنص على أن يتم التأشير بالنسبة للاحكام الواجب تســجيلها عقب تســجيل هذه الاحكام . ومؤدى ذلك انه لا يغنى التأشير المشار اليه فى الفقرة الاولى من المادة ١٦ عن وجوب تسجيل الاحكام النهائية المشار اليها عمــلا بالمادتين ٩ و ١٠ من القــانون وذلك حتى ينتج التسجيل آثاره القانونية فى شأن نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، اذ يقتصر اثر التأشير عند اجرائه وفقا للمادة ١٧ من القانون على احداث الاثر الرجعى للاحتجاج بالحق الصادر به الحكم الى تاريخ شــهر عريضة الدعــوى ، ولذلك فانه يتعين عند تقــديم هــذه الاحكام للتأشير بمقتضاها على النحو سالف الايضاح ضرورة أن تكون تلك الاحكام قد سبق شهرها بطريق التسجيل عملا بأحكام المادتين ٩ و ١٠ » .

المادة ١٧ من القانون المشار اليه ، يتعين شهر الحكم النهائى الصادر فى دعوى صحة التعاقد ثم التأشير به على هامش تسجيل الصحيفة ، ولا يغنى أحد هذين الاجراءين عن الآخر .

وذهب رأى الى ان شهر الحكم يغنى عن التأشير به على هامش تسجيل صحيفة صحة التعاقد بمقوله أن شهر الحكم يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه كما قضت بذلك محكمة النقض قبل العمل بأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالاضافة لأحكام المادتين ١٦ و ١٧ من قانون الشهر العقارى ، فقد قضت بأن « مؤدى نصوص المواد ١٥ و ١٦ و ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طريقا يمكنه من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل اليه الحق من البائع المدعى عليه وأعلام الغير بالأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى ، واذا كان هذا الاعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده ، فانه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملا ، اذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه ، ومتى تقرر ذلك فان تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد الى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد » (١) .

ولكننا نرى أن قضاء النقض المشار اليه قد صدر فى ظل أحكام المادتين ١٦ و ١٧ من قانون الشهر العقارى قبل تعديلهما بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ ، ولما كانت الفقرة المستحدثة والمضافة للمادة ١٦ قد تطلبت للاحتفاظ بميزة ارتداد أثر الحكم الصادر بصحة التعاقد الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، أن يتم تسجيل الحكم والتأشير به على هامش تسجيل الصحيفة ولا يغنى أحد هذين الاجراءين عن الآخر بل يجب

(١) نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٣٢ ص ١٩٣ .

أن يتم كلاهما خلال السنوات الخمس التالية لصيرورة الحكم نهائيا ، والا زال أثر تسجيل الصحيفة والاسبقية الناشئة عنه وفقد ميزة ارتداد أثر الحكم الى تاريخ تسجيل الصحيفة •

فاذا تراخى المشترى فى تسجيل الحكم النهائى الصادر لصالحه فى دعوى صحة التعاقد أو أهمل فى التأشير به على هامش تسجيل الصحيفة خلال السنوات الخمس التالية لصيرورة الحكم نهائيا ، فان الاسبقية التى كانت قد تقررت له عند تسجيل الصحيفة تزول وتسقط بقوة القانون ولا يحاج بها من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار المبيع فى تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة ويجوز لهم مطالبة مصلحة الشهر العقارى رضاء أو قضاء باسقاط تلك الأسبقية وما ترتب عليها من آثار •

واذا قام من صدر له حكم بصحة التعاقد بتسجيله أو التأشير به على هامش تسجيل الصحيفة بعد انقضاء السنوات الخمس التالية على صيرورة الحكم نهائيا ، فان الحق العينى العقارى الذى أنصب عليه حكم صحة التعاقد لا يكتسبه صاحبة الا من تاريخ تسجيل الحكم ولا يرتد أثره الى تاريخ تسجيل الصحيفة •

٢٧٥ ـ دعوى صحة التوقيع : على أن المشترى قد يكون فى يده ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب الى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيدا للتسجيل • وقد قدمنا أن للمشترى ، حتى فى هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها الى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذى قدمناه • الا أنه قد يقنع فى هذه الحالة بدعوى أكثر يسرا ، ولكنها أقل شأنا ، وهى دعوى صحة التوقيع • وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة فى قانون الاثبات •

فيجوز للمشترى أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هى بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أصلية

بالاجراءات المعتادة للدعاوى . فاذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه الى سواه ، اعتبرته المحكمة مقرا بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشترى، أما اذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ،ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . واذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبه الى سواه ، اتخذت المحكمة الاجراءات التى رسمها قانون الاثبات في المواد ٣٠ — ٤٤ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٤٥ — ٤٨ من قانون الاثبات) . ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هى والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الامضاء ، فاذا سجلا معا انتقلت الملكية الى المشترى (١) .

---

(١) مع ملاحظة ان يرفق المشترى هذين السندين بالمستندات والاوراق المثبتة لاصل ملكية البائع ، كما هو الامر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتعاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيرا ما كانت تستعمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية ببيع فيها أحدهما للآخر عقارا مملوكا للغير ، ثم يرفع المشترى على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة توقيعه أو يغيب ، فيحصل المشترى على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفى . ومن اجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقارى دعاوى صحة التوقيع من بين الدعاوى التى تسجل صحائفها ، ويقول الدكتور محمد شوقى في هذا الصدد : « وقد كانت الاسباب التى سبق أن سردناها داعية الى الا يقر قانون الشهر العقارى دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستتبع ذلك عدم شهر الاحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر اى حكم بصحة التوقيع صدر بعد اول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد اثبتت قبل ذلك التاريخ اذ كان من الميسور للمدعى فيها تعديل طلبه الى صحة التعاقد الصادر اليه ان كان جادا في دعواه » (الشهر العقارى علما وعملا ص ١٩٣) .

وجاء في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الشهر العقارى : « كما ان النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعاوى صحة التوقيع » . انظر ايضا الاستاذ محمد على امام ص ٢٩١ — ٢٩٢ .

ومهما يكن من امر فان دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدمنا . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها =

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فانه لا تجوز المناقشة فى هذه الدعوى فى أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر فى دعوى صحة التعاقد فيما قدمنا . فلا يطلب من المشترى الا اثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يطعن فى البيع بأنه باطل أو قابل للابطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلا لفسخه أو أنه غير نافذ لأى سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل بحثها يكون فى دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوبا بحكم صحة التوقيع غير مانع بعد

= حتى الان ، ولكنها اذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها ، ويعارض مكتب الشهر فى تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن اذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشترى . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع امامه على عقد البيع ، فان هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئا ، بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدنى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ — وانظر أيضا : نقض مدنى ٦ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض ايضا بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث اثر تسجيل الحكم الصادر فى كل منهما ، واذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣ — وانظر ايضا استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٦ — ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠) .

(١) قارن محكمة استئناف اسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩٥ (حيث اجازت فى دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشترى لم يدفع الثمن المستحق) .

ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة الذكر فى دعوى مستقلة يرفعها على المشترى (١) .

وتتقادم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورثة ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشترى فى اثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد فى المادة ٤٤ اثبات من أنه « اذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته ، أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة » .

وكما يجوز للمشترى رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضا رفعها على وارث البائع اذا كان قد مات . غير أنه اذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه فى الورقة كلها ، لم يعد المشترى يستطيع أن يقدم لاثبات صحة التوقيع

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ — ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وقد قضت محكمة النقض بان دعوى صحة التوقيع هى دعوى تحفظية الغرض منها اثبات ان التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفى لقبول الدعوى وفقا لما تقضى به المادة الثالثة من قانون المرافعات ان يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون . ولما كان الحكم فى الدعوى السابقة برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفى ان للطاعن مصلحة فى الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار اليه ، ذلك ان بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة ١/١٤٢ من القانون المدنى ان يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما اعطاه ، مما يكون معه للطاعن مصلحة فى طلب اثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر انه لا مصلحة للطاعن فى رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر اليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٢ ص ١٢٥٠)

من أوراق المضاهاة الا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية • ذلك أن المادة ٣٧ من قانون الاثبات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم الا : ١ — اخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية • ٢ — الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه • ٣ — خطة أو امضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه » • وبعد موت البائع لم يعد ممكنا استكتابه ، ولم يعد ممكنا صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة الا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه اذا وجدت هذه الأوراق • ويجوز لوارث المشترى أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذى قدمناه •

واذا كان المشترى قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشترى أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع • بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) •

ويخلص مما قدمناه أن هناك فروقا جوهرية ، بين صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع نتلخص فيما يأتى :

١ — المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو اثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد اثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع العرفية هو توقيع البائع •

٢ — ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يطعن فى البيع بالبطلان أو الابطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٧٤ .

النفاذ لأى سبب ، ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع (١) .

٣ - ويترتب على ذلك أيضا أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يطعن فيه فيما بعد بالطعون المتقدم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

٤ - ويجوز للمشترى أن يرفع باسم البائع على البائع للبائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

٥ - وهناك أخيرا فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل صحيفتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار ، حتى اذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشر به المشترى على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالى فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته او بطلانه ومنها انه غير جدى او حصل التنازل عنه ، اذ من شأن هذه الاسباب لو صحت ان تعتبر العقد غير موجود قانونا فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ، ومن ثم فلا صحة للقول بان ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما اذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر ام لم يصدر اذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفى الى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه ان ينازع فى التوقيع ويمتنع فيها على القاضى ان يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ٥٧٧ ، ونقض مدنى فى أول مارس سنة ١٩٦٦ المجموعة السابقة السنة ١٧ ص ٤٨٦ ، ونقض مدنى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ٦٠ ص ٣٦٨) .

أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشترى • أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل صحفها ، واذا سجلت فليس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع • والعبرة فيها بصدور حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ فى حق المشترى أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشترى لعقده مصحوبا بالحكم (١) • فاذا تصرف

---

(١) وقد قضت النقض فى عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد ، فتتناول محله ومداه ونفاذه . والحكم الذى يصدر فيها يكون مقررا لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين بغير حاجة معه الى الرجوع الى الورقة التى اثبت فيها التعاقد اولا . وهى بماهيتها هذه تعتبر دعوى استحقاق مالا ، وتدخل ضمن الدعاوى الوارد ذكرها فى المادة السابعة من قانون التسجيل ، اما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لتطمين من بيده سند عرفى على آخر الى ان الموقع على هذا السند لن يستطيع ، بعد صدور الحكم بصحة توقيعه ، أن ينازع فى صحته . وهى ، بالغرض الذى شرعت له وبالاجراءات المرسومة لها فى قانون المرافعات ، يمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا ينصب الا على التوقيع الموقع به على الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكملة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مستوفيا للبيانات المطلوبة فى المادة الثانية من قانون التسجيل ، وبشرط ان تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ الا أن هذا التسجيل لا يعدو اثره الاثر لتسجيل العقد العرفى المصدق من أحد الموظفين او المأمورين العموميين طبقا للمادة السادسة من قانون التسجيل على الامضاءات الموقع بها عليه . ولذلك فانه ليس لصاحبه به وجه أفضلية الا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له اثر رجعى مبتدىء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . واذن فدعوى صحة التوقيع ، وهذه ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار اليها فى المادة السابعة المذكورة ، وبالتالى فتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل عرائض تلك الدعاوى (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هى التى تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص فى المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه، =

البائع لمشترى آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى اذا أمكن ذلك (١) ، وسجل المشترى الآخر عقده

= حتى اذا حكم له فيها بطلباته وتأشر بهذا الحكم وفقا للقانون ، فان الحكم ينسحب أثره الى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مفضلا على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تعدو أن تكون ددعوى تحفظية الغرض منها تطمين من يكون بيده سند عرفى الى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع . وهى بهذا الغرض الذى شرعت له وبالاجراءات المرسومة لها ممتنع على القاضى فيها أن ينعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ، فالحكم الصادر فيها لا ينصب الا على التوقيع فقط ، ولذلك فهى لا ندخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر . والمناط فى تكييف الدعوى هل هى تدخل فى دعاوى الاستحقاق مآلا أم هى اجراء تحفظى بحث هو بجوهر المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على تشخيص غرض المدعى من دعواه . فاذا كانت الدعوى التى رفعها المشترى وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها فى صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وان له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشترى الثانى ، وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فضلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرمى اليه المشترى الثانى من تدخله فى الدعوى ــ اذا كان ذلك ، فان جريان الحكم فى منطوقه بالقضاء بصحة النوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فان أسبابه فى الظروف والملابسات التى صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة ، اذ العبرة هى بما رمى اليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه اليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

قانون المرافعات أو قانون التسجيل ــ لاتعدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقا عليه تمهيدا لتسجيله ، فهى وتلك طبيعتها دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية التى نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الاساس القانونى لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلا ، وان صلح مبررا للتسوية بينهما فى جعل الحكم الصادر فيهما اداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكنا فى عهد قانون التسجيل ، واليه أشارت محكمة النقض فى الحكم الملخص فى الحاشية السابقة (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة =

قبل أن يسجل المشترى الأول عقد البيع الصادر له مصحوبا بالحكم بصحة التوقيع فان المشترى الآخر هو الذى يفضل على المشترى الأول (١) .

من اجل هذه المزية الأخيرة فى دعوى صحة التعاقد ، وهى امكان الأحتجاج بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف اليها مزية أن الحكم بصحة التعاقد يصفى جميع أوجه النزاع فى شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد فى التعامل على دعوى صحة التوقيع (٢) ، بالرغم مما فى هذه الدعوى الأخيرة من يسر فى الاثبات وتجنب للدفوع التى رأيناها فى دعوى صحة التعاقد ، وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع (٣) أقل من الرسم النسبى على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل ينشىء جميع الالتزامات الأخرى فى جانب البائع وفى جانب المشترى : والى جانب الالتزام بنقل الملكية ينشىء البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى فى جانب كل من البائع والمشترى (٤) .

= ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، اذ تقول المحكمة فى صدد تسجيل الحكم بصحة التوقيع ان ليس لهذا التسجيل « اثر رجعى مبتدىء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع » .

(١) لكن اذا سجل المشترى عقد البيع الصادر له مصحوبا بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع العقار الى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى الفسخ التى رفعها على المشترى الاول ، فان المشترى الثانى وقد سبق الى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر فى دعوى الفسخ مادامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشترى الثانى عقده (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) .

(٢) وهذا فى عهد قانون التسجيل ، اما قانون الشهر العقارى فقد قدمنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المحررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفا نفس هذه الفقرة فى الحاشية) .

(٣) الرسم المقرر فى دعوى صحة التوقيع هو خمسة جنيهات فى القضايا الكلية وجنيهان فى القضايا الجزئية بخلاف الرسوم الاضافية .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بان بيع العقار قبل ان يسجل لايزال =

فينشىء فى جانب البائع التزاما بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية •

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل ، بتسليم المبيع الى المشترى (١) • ويجوز للمشترى أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع • واذا تسلم المشترى المبيع ، وهلك فى يده قبل تسجيل عقد البيع ، فانه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٢) • ذلك ان تبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم الى المشترى ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى ، فان المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت الملكية الى المشترى ، ويهلك على المشترى بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشترى مالكا •

= من طبيعته نقل الملكية اذ ينشىء التزاما بنقلها فى جانب البائع ، وكل ماالحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى من تغيير فى أحكام البيع — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — هو ان نقل الملكيه بعد ان كان نتيجة لازمه للبيع الصحيح ، اصبح متراخيا الى ما بعد شهره ، لذلك يبقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما باداء الثمن ، الى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع (نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بان عقد البيع غير المسجل ، وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى الا انه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام ان يصبح المبيع فى حيازة المشترى وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار (نقض مدنى فى ٨ أبريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٤٤٣ — ونقض مدنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٧٦ المجموعة السابقة السنة ٢٧ ص ٤٥٣) الا ان ملكية المنشآت التى يقيمها المشترى بعقد بيع غير مشهر لا تنتقل الى المشترى البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء وانما بتسجيل عقد البيع لان حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولاينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الا بالتسجيل ، اما قبل تسجيل سند المشترى البانى فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق (نقض مدنى فى ١٩ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٠٢) •

(٢) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٧ ص ٣٥١ •

ويضمن البائع للمشترى ، بموجب البيع غير المسجل ، التعـرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقـار مرة ثانية ، واذا سجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، ضـمن البائع للمشترى الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشترى الثانى للعقار . واذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه ، ضمن البائع ولا يستطيع ان يحتج بأن المشترى قد قصر فى عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، ذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع اذ دائنه هو الذى ينفذ عـلى العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشترى أخيرا ، بموجب البيع غير المسـجل ، العيوب الخفية فى المبيع . وللمشترى أن يرجع بدعوى العيب الخفى

---

(١) نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجمـوعة عمـر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بانه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ان يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لان من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز ان يدعيها لنفسه (نقض مدنى فى ٩ مايو سـنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥) .

ولكن البائع اذا امتنع عن تسليم العقار للمشـترى ، واظهر نيته فى وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشترى عن المطالبة بالتسليم، فلا يعتبر تعرضا من البائع مضمونا عليه أن يبقى حائزا للعقـار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فاذا بقى البائع حائزا للعقار بنية تملكه خمس عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فانه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلا عند الكلام فى ضمان التعرض ، ونكتفى هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واضعا يـده على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع انما يكون حائزا لملكه اذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يتملكه بالتقادم ، ذلك أن المشترى اذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكا له — فيما نرى — منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقارا غير مملوك له منذ البـداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بعقد غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته فى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشترى ، الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذى يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦) .

على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذى سنبسطه عند الكلام فى ضمان العيوب الخفية .

وينشىء البيع غير المسجل فى جانب المشترى التزاما بدفع الثمن والمصروفات والتزاما بتسليم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

٢٧٧ ـ البيع غير المسجل تترتب عليه آثاره بوصفه بيعا : والى جانب الالتزامات التى ينشئها البيع فى جانب كل من البائع والمشترى ، فان البيع بوصفه عقد بيع تترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه يكون سببا صحيحا فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، وأن البيع الصادر من غير المالك يكون بيعا قابلا للابطال لمصلحة المشترى . وهذه الآثار جميعا ، كما تترتب على البيع المسجل ، تترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فان التسجيل لا يعتد به وجودا أو عدما فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالبيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فاذا باع شخص عقارا مملوكا له من آخر ، ولم يسجل المشترى البيع ، فان الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ، فاذا صدر انذار رسمى من البائع

---

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ ـ ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بانه يتعين على مشترى العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع ان يسجل هذا العقد لتنتقل اليه الملكية بموجبه ، أما قبل التسجيل فهو ليس الا دائنا عاديا للبائع مؤجر العقار ، وعلاقة المشترى بالبائع وعلاقة الاخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الاخرى ولا يترتب عليها قيام اية علاقة بين مشترى العقار الذى لم يسجل عقده والمستأجر لهذا العقار ومن ثم فليس لأحد هذين ان يطالب الآخر بشىء بالطريق المباشر (نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥٢ ص ٨٧٧) .

أو من المشترى الى الشـــفيع (م ٩٤٠ — ٩٤١ مـــدنى) ، وجب على الشفيع اذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خـــلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كـــان هذا البيع لم يسجل • وكذلك يجب على الشفيع ، فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، ايداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول • وقد قضت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، فى عهد قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم ينسخ المبادىء القانونية العامة ولا شيئا من أحكام الشفعة ، فعليه فان حـــق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (١) لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما فى ذلك مـــن الضرر على المشترى الذى يظل زمنا مهددا بالشفعة ، واذن يسقط حق الشفيع بسكوته مدة خمس عشر يوما من يوم العلم بالبيع (٢) ، لا من يوم التسجيل (٣) •

---

(١) فى التقنين المدنى الجديد من يوم الانذار الرسمى بالبيع .

(٢) من يوم الانذار الرسمى بالبيع فى التقنين المدنى الجديد .

(٣) استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ — المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص٤٦ — وانظر ايضا: نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ — ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

وغنى عن البيان أنه اذا وجد نص يجعـــل الميعـــاد يسرى من وقت التسجيل ، كما فى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة باربعة اشـــهر من يـــوم تســـجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مـــدنى) ، فان النص يكون واجب التطبيق فى الحالة التى ورد فيها بالذات .

ومما يؤكد ان البيع غير المسجل يكون بيعا بهذا الوصف فى الشفعة ، أن الشفيع اذا لم يسجل الرغبة فى الاخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشـــترى العقار لمشتر ثان ، فلا يجوز الاخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، حتى لو لم يسجل اى من المشترى الاول او المشـــترى الثانى عقده . فالعبرة فى الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهـــذا =

والبيع غير المسجل ، قبل التقنين المدنى الجديد ، يصلح سببا صحيحا فى التقادم الخمسى (١) . فاذا اشترى شخص عقارا من غير المالك ، ولو كان حسن النيه يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ، فانه يملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يكن البيع مسجلا . وقد قضت محكمه النقض فى هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لا مكان احتجاج واضع اليد على المالك الحقيقى لافادة التملك بالتقادم الخمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا (٢) . ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامه

= بيع اول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعه ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل ايضا هو الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعه . وليس للشفيع ان يعترض بعدم تسجيل البيع الاول وبان حقه فى الاخذ بالشفعه لا يزال باقيا فى هذا البيع ما دام لم يسجل ، فان هذا البيع الاول قد نسخه البيع الثانى ولو لم يسجل البيعان (انظر الماده ٩٣٨ مدنى ونقول : اذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعه فيها ، ثم باعها قبل ان تعلن ايه رغبه فى الاخذ بالشفعه او قبل ان يتم تسجيل هده الرغبه طبقا للماده ٩٤٢ ، فلا يجوز الاخذ بالشفعه الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها .

هذا واذا كان غير ضرورى ان يسجل بيع العقار المشفوع فيه للاخذ بالشفعه ، فمن الضرورى تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فان الشفيع لابد ان يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع الاخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار اذا كان قد اشتراه الا بتسجيل عقد شرائه . وسنرى فيما بعد — انظر فقره ٢٨٤ — أن الشفيع اذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنده قبل الاخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فان الاثر الرجعى للتسجيل يجعل الاخذ بالشفعه صحيحا . ولكن القضاء والفقه لا يأخذان بالاثر الرجعى للتسجيل على ما سنبينه ، ومن ثم فالاخذ بالشفعه عندهما لايجوز فى هده الحالة (أنظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقره ٢٤٠) .

(١) قارن استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . وتقول محكمة النقض فى هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى ، اعتبارا بأن المالك الحقيقى لا يمكن اعتباره غيرا بالمعنى المفهوم لهذا النص فى باب تسجيل العقود الناقلة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لان البيع لايزال =

قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد فى تحديد السبب الصحيح فى التقادم الخمسى ، اذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون (١) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر عدم تسجيله فى قابلية بيع ملك الغير للابطال . فقد قدمنا عند الكلام فى بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للابطال لمصلحة المشترى ، قبل أن يسجل وبعد التسجيل . فالبيع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ، فاذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأخذ حكم هذا البيع وهو القابلية للابطال . وقد نصت الفقرة

= معتبرا فيه أنه من العقود الرضائيه التى تتم بالايجاب والقبول وان تسجيلها لايزال غير معتبر انه ركن ضرورى فى وجودها القانونى ، ولان قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود ، ولذلك لم يلغ من أحكام القانون المدنى الا ما كان من مواده خاصا بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقى عاقدا لواضع اليد ولا غيرا ممن لهم حقوق عينية على العقار الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من البائع حقا عينيا على العقار كان لا يتلقاه عنه اذا علم بالسبب الصحيح فى حينه ، ولا هو فى حاجة الى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لان انتزاع العين منه ووضع الغير يده عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ فى الاعذار اليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل » . انظر عكس ذلك : استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ — استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ١٦ ابريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ — وانظر عكس ذلك أيضا الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٦ — ص ٣٧٧ .

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذا الحل حتى يمكن التسجيل تمهيدا لادخال السجل العقارى (مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٤٩٨) . فيجب اذن اعتبار هذا الحكم حكما استثنائيا ثبت بالنص على خلاف القواعد العامة للوفاء بغرض معين (أنظر عكس ذلك الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

الأولى من المادة ٤٦٦ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة اذ تقول : « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

ب — حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ — البيع المسجل يرتب جميع الآثار التى يرتبها البيع غير المسجل : وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهى الآثار التى تقصينا أهمها فيما قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشئا لالتزامات فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . ويستطيع المشترى بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن

---

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على عقوبة النصب لكل من توصل الى الاستيلاء على نقود الخ .. اما باستعمال طرق احتيالية واما بالتصرف فى مال ثابت او منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه فاذا باع شخص عقارا مملوكا له وسجل البيع ، ثم باعه مرة اخرى ، اعتبر مرتكبا لجريمة النصب ولو ان البيع الثانى لم يسجل ، لان البيع غير المسجل يعتبر مع ذلك تصرفا ، فيكون البائع قد تصرف بالبيع الثانى غير المسجل فى عقار خرج عن ملكيته بتسجيل البيع الاول . أما اذا كان البيع الاول لم يسجل قبل صدور البيع الثانى ، فان البائع يكون قد تصرف فى عقار مملوك له ، اذ وقت صدور البيع الثانى لم يكن البيع الاول قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن اذا أوهم البائع المشترى الثانى بطرق احتيالية أنه لم يتصرف فى العقار ، ثم سجل المشترى الاول قبل ان يسجل المشترى الثانى ، كان هذا نصبا بطرق احتيالية ، وكان المجنى عليه فيه هو المشترى الثانى (أنظر فى كل ذلك نقض جنائى ١١ ابريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ ص ٢٦٧ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع اذا تصرف فى العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشترى الأول عقدة ، أعتبر متصرفا فيما لا يملك ، وكان هذا نصبا المجنى عليه فيه هو المشترى الثانى (نقض جنائى ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ ص ٤٥) . انظر ايضا الاستاذ عبد المنعم البداروى فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٤٤ .

يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يطالب المشترى بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ فى البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، ويصلح البيع المسجل سببا صحيحا فى التقادم الخمسى ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدنى الجديد هو الذى يصلح أن يكون سببا صحيحا دون البيع غير المسجل فيما قدمناه ، وبيع ملك الغير يبقى قابلا للابطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

ولا يترتب على تسجيل عقد البيع الحيلوله دون الطعن فيه بالبطلان ، ذلك ان التسجيل ليس من شأنه تصحيح عقد البيع الباطل أو القابل للابطال ولا يعصمه من الطعن عليه بانه يخفى وصية (١) .

٢٧٩ — ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير : ويزيد البيع المسجل فى آثاره على البيع غير المسجل فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى بمجرد التسجيل (٢) ، متى كان العقار وقت البيع مملوكا للبائع ، اذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية الى المشترى ولو سجل .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية الى ان التصرف الصادر من المورث الى بعض الطاعنين لم يكن منجزا أو انه يخفى وصية للاسباب السائغة التى أوردتها ، فانه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع اى اثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لان التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ولا يحول دون الطعن فيه بانه يخفى وصية (نقض مدنى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٣٠٤ ص ١٧٧٤) .

(٢) فاذا صححت حدود العقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية الا وقت تسجيله فلا ينسحب الى وقت تسجيل العقد الاول الذى لم تضحح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على تصحيح حدود العقار المبيع ورقمه هو تعديل للمبيع فى جوهره ، حكمه حكم العقد الاصلى نفسه من حيث انه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذى يسحب تسجيل عقد البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويجعل أساس الاسبقية فى التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون مخطئا فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ ص ٧١٢) .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (١) وبالنسبة الى الغير (٢) ، ويحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين المدنى السابق فيما قدمناه •

ويترتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى تترتب على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث :

١ ــ يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع •

٢ ــ يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه ؛ وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء • وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل التسجيل (٣) •

٣ ــ اذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة المشترى باعتباره قد أصبح مالكا له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع • أما تحمل تبعة هلاك المبيع فقد قدمنا أنها تنتقل مع تسليم المبيع الى المشترى ، لا مع انتقال الملكية اليه (٤) •

ويترتب على انتقالها بالنسبة الى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل أنه اذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق الى التسجيل كان هو المفضل لأنه اذا سبق الى تسجيل عقده

---

(١) وكذلك الخلف العام والدائن اذا لم يسجل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشترى للبيع (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٩٣٦) .

(٢) وقد لا تظهر لاول وهلة اهمية عملية من تحديد الغير ، مادام لا يوجد محل للتمييز بين المتعاقدين والغير اذ الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل فى جميع الاحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدنى السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل بالنسبة الى الغير . ولكن الاهمية العملية للتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود الى الظهور لو قلنا ان انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى الى وقت البيع ، اما بالنسبة الى الغير فلا تنتقل الملكية الا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلى الى هذه المسألة .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٢٣٩ .

(٤) أنظر فى كل ذلك آنفا فقرة ٢٣٩ .

انتقلت الملكية اليه لا فيما بينه وبين البائع فحسب ، بل أيضا بالنسبة الى الغير وهو المشترى الآخر الذى تأخر عنه فى التسجيل (١) . وينبنى على ذلك أنه اذا باع المالك عقاره لمشتر لم يسجل ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده (٢)، فان الملكية لا تنتقل من المشترى الأول الى المشترى الثانى ، لأن المشترى الأول نفسه لم تنتقل اليه الملكية من البائع مادام يسجل عقده (٣) فاذا باع البائع العقار لمشتر آخر ، وسجل هذا المشترى الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشترى الأول ، الى المشترى الآخر ، فيفضل هذا المشترى الآخر على المشترى الثانى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان المشترى قد سجل عقده الذى شمل الاطيان موضوع عقد البدل المبرم بين البائع والطاعن قبل ان يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ هذا العقد فان ملكية هذه الاطيان تكون قد انتقلت الى المشترى من تاريخ تسجيل عقده ولم يعد بذلك لعقد البدل الصادر الى الطاعن محل يرد عليه فاذا قضى الحكم المطعون فيه — فى هذه الحالة — برفض طلب صحة ونفاذ عقد البدل فانه لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٧٠٨) .

(٢) نفرض جدلا ان المشترى الثانى لم يتمكن من تسجيل عقده ،لانه فى الواقع لا يستطيع . اذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يكون سند ملكية البائع له (أى المشترى الاول) مسجلا ، وقد قدمنا أن المشترى الاول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣ من قانون الشهر على أنه « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لاحكام المادة السابقة الا : (١) المحررات التى سبق شهرها .. ».

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى ان ينقل الملكية لمن اشترى منه لانها لا تؤول اليه هو الا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق باثبات اصل الملكية أو الحق العينى الا المحررات التى سبق شهرها . فاذا توصل المشترى الى تسجيل عقده او تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من ان سند البائع له لم يكن قد تم شهره فانه لايكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا اذ من غير الممكن ان يكون له من الحقوق اكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده : نقض مدنى فى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣ .

=

الذى سجل عقده أولا (١) . وكان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق يختلف ، فقد كانت المادة ٦١٩/٧٤٦ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » . فكان المشترى الثانى الذى سجل أولا تنتقل اليه الملكية اذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشترى الآخر الذى سجل عقده بعد تسجيل عقد المشترى الثانى (٢).

واذا وضع مشترى العقار بعقد غير مسجل يده على العقار المبيع وتملكه بالتقادم قبل صدور عقد بيع ثان من المالك الاصلى الى مشترى آخر قام بتسجيل عقده ، فان عقد البيع الثانى يعتبر أنه قد صدر

= كما قضت محكمة النقض بان حق ملكية العقار المبيع — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى من لانها لا تئول اليه هو الا بتسجيل عقده ولذلك فقد اورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بانه لا يقبل فيما يتعلق باثبات اصل الملكية أو الحق العينى الا المحررات التى سبق شهرها ، فاذا توصل المشترى الى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا اذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده : نقض مدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٥٨ ص ١٣٥٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان البيع الثانى — الصادر من ذات البائع الى الطاعنين — الى المطعون ضده السابع قد تم تسجيله ولم يكن الطاعنون قد سجلوا صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل تسجيل عقد شراء المطعون ضده السابع حتى يستطيعون الاثر بالحكم الذى صدر فيها لصالحهم فى هامش تسجيل تلك الصحيفة ويكون حقهم حجة على المطعون ضد السابع ولا يتاثرون بتسجيله عقد شرائه ، عملا بالمادتين ١٥ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، كان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض دعوى صحة التعاقد لاستحالة تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية ، يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٣ ص ٣٦٦ .

(٢) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٥ ص ٢٧٧ — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٨٥ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٢٣ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

من غير مالك لأن ملكية العقار قد انتقلت الى المشترى الأول بوضع اليد قبل تسجيل عقد البيع الثانى (١) .

يبقى بعد ذلك أن نبحث :

أولا — فى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أتنتقل من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعى من وقت البيع ؟ .

ثانيا — فى انتقال الملكية بالنسبة الى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقده قبل المشترى الآخر ؟ .

٢٨٠ — اولا — نقل الملكية فيما بين المتعاقدين — هل للتسجيل أثر رجعى : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل الا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هى تنتقل من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعى الى وقت البيع فيعتبر المشترى بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟ .

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعى يستند الى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص (٢) . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت فى الاوراق ان المطعون عليه دفع الدعوى المقامة عليه انه اشترى ربع الماكينة محل النزاع بعقد ابتدائى من بكر فى ١٣/١٠/١٩٤٦ من زيد ، وان هذا كان قد اشتراه بعقد ابتدائى من بكر فى ١٣/١/١٩٣٧ . وكان الحكم المطعون فيه قد اسس قضاءه بتملك المطعون عليه للقدر موضوع النزاع على وضعه يده واكتمال هذا التقادم قبل صدور عقد الطاعن المسجل والصادر له عن نفس القدر من ورثة بكر ، واعتبر ان هذا العقد الاخير قد صدر ممن لايملك المبيع لانتقال ملكيته الى المطعون عليه ، فان النعى عليه بمقولة تفضيل عقد المطعون عليه غير المسجل على عقد الطاعن المسجل يكون على غير أساس : نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٧٧ ص ٤٨٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان الملكية لا تنتقل الى مشترى العقار الا بتسجيل عقد البيع ، كما أن الاصل ان التسجيل لا يترتب عليه اثره الا من تاريخ تسجيل العقد او الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية او اى حق عينى آخر على عقار ونقله وان هذا الاثر لا ينسحب الى الماضى ، ولا يحتج على ذلك بان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اجاز بالمادتين ١٥ ، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش =

آخر يذهب الى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثرا رجعيا يستند الى وقت البيع .

فنستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

٢٨١ — الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء — ليس للتسجيل أثر رجعى : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، الى نصوص القانون والى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام التسجيل والى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولا — نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء .. والتى من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله .. يجب اشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلبه .. يجب شهرها بطريق التسجيل .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق

= تسجيل صحائفها انسحاب اثر هذا التأشير الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لان تقرير هذا الاثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لاصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهذا استثناء لايصح التوسع فيه او القياس عليه: نقض مدنى فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٣ ص ١٥٧٠ .

(١) الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى نقرة ٢٧٠ — فقرة ٢٧٢ — الاستاذ انور سلطان نقرة ١٨٦ — الاستاذ محمد على امام نقرة ١٦٨ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى نقرة ٩٩ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور نقرة ٧١ — الاستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ — ص ٩٠ .

المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم » . فالنصوص اذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة الى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكون الا بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل الا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى انه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية . وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثرا رجعيا ، فلا تجوز مخالفة نصوص التشريع الواضحة فى هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، فى أحد المواطن ، أن يجعل للتسجيل أثرا رجعيا ، صرح بذلك فى غير لبس . فنص قانون التسجيل ، فى خصوص تسجيل الدعاوى ، فى المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، اذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد أيضا ، فى المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثرا رجعيا فيما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكت عن ذلك ، ولنص عليه بالصراحة التى نص بها على الأثر الرجعى فى خصوص الدعاوى .

ثانيا — ومما يقطع فى أن نية المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت الى جعل أثر التسجيل واحدا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير ، فيستوى الجميع فى كيفية انتقال الملكية وفى وقت انتقالها ، ما جاء فى المذكرة الايضاحية لكل من

التشريعين . فقد ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل ما يـأتى : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشـد صرامة من مجرد عدم امكان التمسك بهـذه التصرفات فى وجه غير المتعاقدين . فيتحتم اذن جعل التسجيل شرطا أساسيا لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسـبة للمتعـاقدين ولغـير المتعاقدين على السواء » (١) وورد فى المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القـانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير اجراء أى تعديل فى نصـوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والابرام تفسيرا لهـذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار اليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول الا بالتسجيل ومن تـاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسـحب الى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجـرد انعقـاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى مـن شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (٢) » .

ثالثا — ان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعـاقدين يتعارض مع الغرض الأساسى الذى توخاه المشرع بالتعديل الجـوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقررا فى التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة الى الغـير

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقـرة ١٧ — وتستمر المذكرة الايضاحية فى نفس الفقرة فتقول : « ففى عقد البيع مثـلا لمشترى العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وثمراته طبقـا لاحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشترى الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا ، فاذا امتنع أو تأخر جاز للمشترى أن يحصل فى مواجهته على حكم باثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلا للتسجيل » .

بالتسجيل ، توطيدا لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعا للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية • وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين الى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلا حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية الا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيدا لادخال نظام السجل العقارى فى مصر • ولو قلنا ان الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لاتتسع أمام المشترى أسباب التراخى فى تسجيل عقده ، مادام موقنا أنه مهما أبطأ فى هذا التسجيل فان الملكية تنتقل اليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده اذن أن يسرع فى التسجيل أو أن يبطىء مادامت النتيجة واحدة فى الحالتين •

رابعا — ان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين يعود بنا الى جعل الملكية تنتقل فى تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة الى الغير • وفى هذا شذوذ أراد المشرع فى كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديدا لا يخلو من الاشكال والتعقيد •

خامسا — قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجعى فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما الا من وقت التسجيل لا قبل ذلك •

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع انما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية الى أن يتم تسجيل العقد • فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد الى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشترى مالكا الا من يوم تسجيل عقد شرائه • فاذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار

بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، اد آن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين • وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وبما آن ما تقول به الطاعنه من ان تسجيل عقد البيع هو بمثابه شرط توقيفى لانتقال الملكية اذا ما تحقق انسحب آثره الى الماضى هو قول خاطىء ، فان حقيقة ما رمى اليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير آن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيفى لو وقع يكون له اثر رجعى يجعل التصرف ناقلا للملكيه من يوم تاريخه اعرفى او الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها فى المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدنى (القديم) • لم يرم الشارع الى غير ذلك ، والا لكان ذهب بحكمه تشريع قانون التسجيل من وجوب حمايه الغير من العقود والالتزامات التى لم تشهر بواسطه التسجيل • ولعل من احد الأمثلة التى تتكشف بها هذه الحكمة ما هو مسلم به طرا من أن عقد الرهن العقارى الذى يعقده المشترى لعين قبل تسجيل عقد شرائه اياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف عينا فى ملك الراهن • وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقارى ، ويجب أن ينصب على ما هو فى ملك المدين ملكا واقعيا على مقتضى أحكام قانون التسجيل » (١) •

وقضت محكمة انقض آيضا بأن استناد أثر الشرط الى الماضى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القديم) انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين • أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الاحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر • وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة فى غير باب التعهدات والعقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعليا مردودا الى ارادة

---

(١) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ •

الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن هـذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضى • على أن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع فى وضع قانون التسجيل • فالحكم الذى يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفيع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ عقـد الشراء ، لا يكون مخالفا للقانون فى نفيه الأثر الرجعى للتسجيل • وقد جاء فى أسـباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث أن استناد أثر الشرط الى الماضى ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القـديم) انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين • أمـا حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الاحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبلـه فلا • ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر • غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين اذ يعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قـد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعـرفان هـل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية • وعلى هـذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط ، ولا مبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها الا أنها تعبر عن ارادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق • وقد ألزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المـادة ١٠٥ التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب • وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعليا مردودا الى ارادة الشـارع — كشرط التسجيل لنقل الملكية — لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى • وحيث أنه فضلا عما تقـدم فان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل • ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغـير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريـد بوضع هذا القانون • ثم ان هذا القول أيضا من شأنه أن يضعف جزاء

عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزاء صارما رادعا ليحمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو انشاؤه فى المستقبل » (١) .

٢٨٢ — الرأى المعارض — للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين — ملاحظات مبدئية : ونحن نؤثر الرأى المعارض ، ونذهب الى القول

---

(١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض ايضا بأن التسجيل انما يترتب اثره من تاريخ حصوله ، ولا يرتد الى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم الى ان عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقا على شرط التسجيل بالنسبة الى نقل الملكية ، حتى اذا ما تحقق الشرط ارتد اثره الى تاريخ التسجيل — ذلك غير صحيح، لان ارتداد اثر الشرط الى الماضى انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين . اما حيث يكون القانون قد اوجب اجراء معينا ورتب عليه اثرا قانونيا ، فهذا الاثر لا يتحقق الا بتمام الاجراء ولا ينسحب الى الماضى . فاذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة ارض الشفيع للارض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرق مثلا) ، بمقولة ان تسجيل الشفيع عقد شرائه الارض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد اثره الى تاريخ العقد ، فانه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .

وقضت محكمة النقض كذلك بأن الاصل أن اثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب الا على تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية او أى حق عينى آخر ، وان هذا الاثر لا ينسحب الى الماضى . ولا يحتج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لانها اذا اجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم انسحاب اثر التأشير الى تاريخ تسجيل الصحيفة ، فانما اجازته على سبيل الاستثناء حماية لاصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه او القياس عليه . واذن فاذا كان الحكم ، وهو فى صدد المفاضلة بين اى الملكين ارض الشفيع أو أرض المشترى تعود عليه منفعة أكثر ، اسقط اعتبار الشفيع مالكا لجزء من الاطيان التى يشفع بها على اساس ان تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد عنها لاحق لعقد المشترى الذى تولد عنه حق الشفعة ، فانه لم يخطىء فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ — أنظر ايضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئنافى ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨) .

بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة قانون التسجيل • ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضـــاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية (١) •

ونتقدم قبل ايراد الحجج التى تستند اليها بالملاحظات الآتيــة لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى — لا شك فى أن الملكية بالنسبة الى الغير لا تنتقل الا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع الى طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها • فهذه المهمة هى اعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبديهى ألا يسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن يعنيهم الأمر — وهؤلاء هم الغير — الا من وقت التمكن من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) •

والملاحظة الثانية — ان الاستناد الى القول بأن التســجيل شرط واقف فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استناد خاطىء • وقد كانت محكمــة النقض موفقــة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون الا فى منطقة الارادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما ، فان هــذا الحكم المشروط لا يوجد الا عند تحقق شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يســبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعليــا مردودا الى ارادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لاينسحب أثره الى الماضى (٣) •

---

(١) وقد أشرنا الى تأييدنا لهذا الرأى فى كتابنا عقد الايجار فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأى الاستاذ عبد السلام ذهنى (الاموال جزء ٢ فقــرة ٦٢٧ — مقاله فى المحاماة ٦ ص ٦٠٦ — ٦٠٧) •

(٢) ويمكن القول ان الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير الا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير الا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد اطلاقا ، وتراخيه الى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نفاذ لاعدم انتقـــال •

(٣) أنظر فى ان الشرط أمر عارض ، وفى ان الاثر الرجعى لتحقق الشرط انما يرجع الى النية المحتملة للمتعاقدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مآل الشرط لما علقا العقد عليه ولجعلاه عقدا بسيطا منجزا الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ — فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ص ٦٥ •

والملاحظة الثالثة — ان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، اذ أن تقرير الأثر الرجعى وانكار هذا الأثر لا يختلفان كثيرا من حيث الحلول العملية للمسائل التى تعرض لتطبيق كل من القولين • ولكن القول بالأثر الرجعى ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساغة من انكار هذا فيها بالأثر الرجعى هو أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق •

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول بالأثر الرجعى هو أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق •

٢٨٣ — القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعى وانكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعى يكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية :

١ — تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى على ما يأتى : « وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا • هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » • فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماءه يكون من وقت تمام البيع — لا من وقت تمام التسجيل — للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضا • ويقول الفقه فى تفسير هذا الحكم انه يرد الى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع ملحقاته ، والثمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزما بتسليمه مع المبيع • وفى هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحتمله طبيعة الملحقات • فملحقات الشىء ليست جزءا منه يتولد عنه كالثمر والنماء ، بل هو شىء مستقل عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقا بــه • وقد حددت المادة ٤٣٢ مدنى ملحقات المبيع على الوجه الآتى : « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هــذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشــياء وعرف الجهة وقصــد

المتعاقدين » . فتملك المشـــترى ثمر المبيع من وقت تمام البيع ، على أسـاس أن هـــذا الثمر ملحق بالشىء المبيع فيكون واجب التسليم للمشترى ، لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو فى الوقت ذاته لا يفسر كيف يكون على المشـــترى تكاليف المبيع من وقت تمــام البيع ، وفكرة التسليم هنا لا دخل لها . والذى يســتقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية أن نقول ان المشـــترى يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة الى البائع ، وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون عليه تكاليفه . وهذا التأصيل يقتضى القول بالأثر الرجعى للتسجيل ، فاذا ســجل المشترى البيع انتقلت اليه ملكية المبيع بالتسجيل . ولكن من وقت تمام العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضا .

٢ — اذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعى للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لـــو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعى يعتبره قد تصرف

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكيــة العقار الذى يغلها ، كما هو الامر فى عقد الايجار فان المستأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار فى عقد الايجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها بالذات لتمليكهـــا بخلاف ثمن البيع فملكيته تنتقل تبعا لانتقال ملكية المبيع الى المشترى ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية الى المشترى ، لا بأن الثمار من ملحقات المبيع ، فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمى الى بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمن الى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ، ان يدعى يدعيه لنفسه . ومقتضى ذلك أن يكون البائع ملزما للمشترى بتسليم المبيـــع وبغلته أن لم يقم بتسديدها فالحكم الذى لا يعطى المشترى الحق فى ريـــع الشىء المبيع عن المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكـــون حكمـــا خاطئا متعينا نقضه (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمرا رقم ٣٧٤ ص ١٢٥٠) .

فيما يملك ، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف . والرأى الثانى يصل فى نتيجته العملية الى ما يصل اليه الرأى الأول ، وهو أكثر استساغة من الناحية القانونية . ويبين ذلك فى الفرض الآتى :

اشترى أ عقارا فى أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفى ١٥ يناير باع العقار الى ب وسجل ب عقد شرائه فى اليوم نفسه (١) . وفى ٣٠ يناير سجل أ عقد شرائه . فعلينا فى هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى والرأى الذى يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون أ باع فى ١٥ يناير الى ب عقارا غير مملوك له ، اذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه . ولما سجله فى ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعى . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذى باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذى صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذى أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية الى ب . وعلى الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، يكون أ بتسجيله عقد شرائه فى ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعى يستند الى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون فى ١٥ يناير عندما باع العقار الى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية الى ب فى نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه . فعلى الرأيين اذن يصح عقد لبيع الصادر من ا الى ب ، وتنتقل به الملكية من الأول الى الثانى . ولكن الملكية تنتقل الى ب فى ٣٠ يناير بحسب

---

(١) كان ب تمكن من تسجيل عقد شرائه قبل ان يسجل ا عقده . ثم صدر قرار وزارى فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد الا بعد تسجيل العقود الاصلية السابقة التى تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتى تكون واجبة التسجيل وفقا لاحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤكدا لهذا الحكم ، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لاحكام المادة السابقة الا : ١ — المحررات التى سبق شهرها . ٢ — المحررات التى تتضمن تصرفا مضافا الى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون . ٣ — المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لانسان توفى . ٤ — المحررات التى تحمل تاريخا سابقا على سنة ١٩٢٤ اذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون فى محررات تم شهرها أو نقل التكليف بمقتضاها لمن صدرت لصالحه » .

الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى ، وتنتقل فى ١٥ يناير أى فى اليوم نفسه الذى صدر فيه البيع الى ب بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى (١)٠

٣ — اذا أحدث البائع بناء فى الأرض المبيعة قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه ، ثم سجل المشترى العقد ، فاذا أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية الى المشترى الا من وقت التسجيل ، كان البائع بانيا فى أرض يملكها وقت أن بنى ٠ واذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع ، كان البائع بانيا فى أرض لا يملكها فيعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره ٠ وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه الفكرة أكثر استساغة من الناحية القانونية ٠ فقد قالت محكمة استئناف مصر : « انه اذا أحدث البائع بناء جديدا أو زيادة فى المبيع قبل التسليم فيعتبر كانه أقامه فى غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالبيع ، لأنها فى الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التعهد ٠ ومن حيث أنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كل ما يزيد أو ينقص فى المبيع — وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعهد المذكور ٠ ومن حيث أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشترى دون مقابل ، لأن فى ذلك اثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدنى ، وعلى المشترى الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء فى أرض الغير » (٢) ٠ وقد أيدت محكمة النقض هذا

---

(١) والأخذ بالاثر الرجعى هنا أكثر استساغة ، اذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل معه دون أن يضر احدا ٠ فاذا فرض أن ب رهن العقار فى المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ، كان رهنه صحيحا لانه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الاثر الرجعى ، وكان باطلا وفقا للتقنين المدنى السابق لانه صادر من غير مالك بحسب الراى الذى ينكر الاثر الرجعى ٠

(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ ٠

الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فاذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة — بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل — كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره ، يفصل فى أمرها قياسا على حالة من أحدث غراسا أو بناء فى ملك غيره (١) . ولا شك فى أن القول بالأثر الرجعى هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من انكار هذا الأثر . فاننا اذا أنكرنا الأثر الرجعى ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى فى ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بألا يحدث تغييرا فى العين المبيعة وهو الطريق الذى اختارته محكمة النقض ، الا الى شىء قريب مما وصلت اليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل اليه هو أن البائع قد أخل بالتزامه فى ألا يبنى فى الأرض المبيعة ، فيطلب اليه تنفيذ التزامه عينا ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضا ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشترى اجباره على ابقاء البناء (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — وانظر أيضا : نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويخطو الاستاذ حلمى بهجت بدوى خطوة أقرب الى النتيجة التى وصلت اليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسلم بأن هناك فرقا بين ما وصلت اليه محكمة النقض وبين ما يؤدى اليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : « ان البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بألا يحدث تغييرات فى العين . فاذا احدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء فى العقار المبيع ، فللمشترى الحق فى أن يطلب منه ازالته على مصاريفه ، لا تطبيقا للمادة ٦٥ مدنى (قديم) ، وانما تطبيقا لاحكام عقد البيع . وليست هذه الازالة فى مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء انقاضا ، وقد يكون من مصلحة المشترى استبقاء البناء على أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو فى أى صورة لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم . فاذا امتنع البائع رغم ذلك واصر على هدم البناء ، فقد يعتبر هذا الاصرار من جانبه تعنتا وتعسفا فى استعمال حقه فى ازالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشترى على أساس الالتصاق على أن يقدر التعويض الواجب دفعه بعد ذلك » (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) .

فواضح اذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون الى النتيجة التى نشدتها محكمة النقض وهى اعتبار البائع بانيا بسوء نية فى أرض غيره ، واجباره اذا شاء المشترى على ابقاء البناء فى الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قدمناها الموقف الآتى : المشترى لم يسجل عقد شرائه ولكنه قد حصل فعلا على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت اليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة والا اعتبر بانيا فى أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلا من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشترى العقد اعتبرت الملكية منتقلة اليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر (٢) ، نلجأ الى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الاغراب فى جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل ان هناك أمثلة أخرى يكون القول بالأثر الرجعى ، وليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية المناعد القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل الى بيان ذلك .

٢٨٤ — القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق : ونسوق فى هذا الصدد الأمثلة الآتية :

---

(١) واذا فرضنا ان المشترى هو الذى اقام البناء على الارض المبيعة بعد أن تسلمها وقبل ان يسجل ، وسبقه الى التسجيل مشتر ثان انتقلت اليه ملكية الارض بالتسجيل ، فالواجب فى هذه الحالة معاملة المشترى الاول معاملة البانى فى ارض غيره وهو حسن النية ، لانه وقت أن بنى كان يعتقد انه لا يعتدى على حق لاحد وان كان يعلم ان الارض لم تصبح بعد مملوكة له . فهو فى الواقع من الامر — وان كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا — يحق له أن يتصرف فى المبيع ، بالنسبة الى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ولعل هذا يعين على توضيح القاعدة التى تقضى بتحميل تبعة الهلاك للمشترى بعد القبض ولو قبل التسجيل ، فان المشترى لا يكون مالكا للمبيع فى هذه الحالة لانه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل تبعة هلاكه لانه يكون بالنسبة الى البائع فى حكم المالك .

١ — نفرض أن شخصا باع عقارا مملوكا له ، ولم يسجل المشترى عقد شرائه حتى شهر افلاس البائع ، ثم سجل (١) • فاذا قلنا بالأثر الرجعى ، اعتبر المشترى مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون • أما اذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فان التسجيل لا ينقل الملكية الا من وقت اجرائه أى بعد شهر الافلاس . فلا تنتقل ، ويبقى المشترى دائنا شخصيا يزاحمه سائر دائنى المفلس فى ثمن العقار المبيع • ولا نتردد فى ايثار الحل الأول : اذا ثبت أن البيع الذى صدر قبل الافلاس هو بيع صحيح لا شائبة فيه من تواطؤ أو غش •

ومثل الافلاس الاعسار ، فاذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعى واعتبر المشترى مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون •

وكان الأمر كذلك فى ظل العمل بأحكام قانون المرافعات الاسبق الصادر سنة ١٨٨٣ — فى مشترى العقار من المدين قبل تسجيل الدائن لتنبيه نزع الملكية • فاذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشترى عقد شرائه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل تنبيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشترى ولا يجوز للدائن السير فى اجراءات التنفيذ (٣) • ولكن تقنين المرافعات السابق الصادر سنة ١٩٤٩ أتى بنص خاص فى هذه المسألة جعل الدائن العادى معتبرا

---

(١) ليس فى التقنين التجارى ما يمنع المشترى من التسجيل بعد شهر افلاس البائع ، والممنوع هو قيد حقوق الامتياز والرهن (م ٢٣١ تجارى) • ومع ذلك قارن نقض مدنى فى ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

(٢) انظر م ٢٥٧ مدنى •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لاينشىء للدائن العادى نازع الملكية حقا عينيا على العقار يجيز له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه ، وكل ما فى الامر أن يصبح فى هذه الحالة من الغير الذين لايحتج عليهم بالعقود العرفية =

من الغير منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين اذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه ، وقد أخذ تقنين المرافعات الحالى بهذا النص (١) .

٢ — نفرض أن شخصا باع عقارا مملوكا له ، ولم يسجل المشترى عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معسرة . فاذا قلنا بالأثر الرجعى للتسجيل ، اعتبر المشترى مالكا من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . اما اذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فالتسجيل لا ينقل الملكية الا من وقت اجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع الى المشترى وزاحمه فى ثمنه دائنو التركة (٢) .

= الا اذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه : انظر نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ — الاستاذ عبد الحميد ابو هيف فى التنفيذ فقرة ٧٠٢ — انظر عكس ذلك الاستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ ٣٤٦ — وقارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ .

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ من تقنين المرافعات السابق ، وتجرى الفقرة الاولى منها على الوجه الآتى : «لاينفذ تصرف المدين أو الحائز فى العقار ، ولا مايترتب عليه من رهن او اختصاص أو امتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ ولا الراسى عليه المزاد ، اذا كان التصرف او الرهن أو الاختصاص او الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . انظر الاستاذ رمزى سيف فى التنفيذ طبعة ثالثة فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

ويقابل هذا النص فى تقنين المرافعات الحالى المادة ٤٠٥ التى جرى نصها بما يلى « لا ينفذ تصرف المدين او الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بايقاع البيع عليه اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » .

(٢) وفى الفرض الذى يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل ان يسجل المشترى ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل الى المشترى فى مواجهة الورثة — وليسمو من الغير — من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول اكثر استساغة من القول بأن الالتزام بنقل الملكية يبقى فى التركة او ينتقل الى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية فى التركة تفضله فكرة الاثر الرجعى ، وانتقال الالتزام الى الورثة لايتفق مع مبادىء الفقه الاسلامى التى تقضى بأن الورثة لاتنتقل اليهم الديون .

٣ ــ نفرض أن بيع العقار وقع فى أول يناير ؛ ورهن المشترى العقار رهنا رسميا فى ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن فى اليوم ذاته ، ثم سجل المشترى البيع فى ٣٠ يناير . فاذا أخذنا بالأثر الرجعى للتسجيل ، وجب القول بأن المشترى عندما سجل فى ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع فيكون وقت أن رهن العقار فى ١٥ يناير قد رهن عقارا مملوكا له . ويكون الرهن صحيحا ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما اذا أنكرنا الأثر الرجعى للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشترى لم يصبح مالكا للعقار الا يوم ٣٠ يناير وقت اجراء التسجيل ، فيكون وقت أن رهن العقار فى ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدنى على أنه « اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن » . ويترتب على ذلك أن الرهن فى المثل الذى قدمناه لا يترتب على العقار الا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذى أصبح فيه العقار مملوكا للمشترى الراهن ، ويأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعى للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشترى قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده فى ٢٠ يناير ، فان اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته فى ١٥ يناير وفقا للقول بالأثر الرجعى ، لأخذ الرهن الثانى مرتبته فى ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعى ، فان الرهن الثانى يأخذ مرتبته فى ٣٠ يناير كالرهن الأول ، ويتعادل الرهنان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعى لأنه أكثر انطباقا على طبائع العلاقات القانونية التى نحن بصددها (١) .

---

(١) قارن محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم =

٤ — نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشترى مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما اذا أنكرنا الأثر الرجعي — وهذا ما فعلته محكمة النقض (١) — فان المشترى لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به الا بعد بيع العقار المشفوع فيه . فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، واعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت اليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (٢) . ولا شك فى أنه بين المالكين المتعاقبين — البائع للعقار المشفوع به والمشترى اياه — المشترى هو الباقى مجاورا للعقار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة ، الا اذا قيل ان الشفعة فى هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه .

٥ — نفرض أن شخصا باع دارا ، وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشترى . فاذا

= ١٦٤ ص ٤٧٩ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأى ، وابطلت حق اختصاص قيد على عقار لمشتر قبل ان يسجل المشترى عقد شرائه ، ثم سجل المشترى العقد بعد ذلك وتصرف فى العقار ، فاعتدت المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تعتد بحق الاختصاص ، مع ان المشترى من المشترى كان يستطيع أن يكون على علم بحق الاختصاص المقيد لولا خطأ قلم الكتاب — انظر ايضا فى المعنى الذى قضت به محكمة النقض محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ .

(١) فى حكمها الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ — وانظر ايضا : نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ — ٤ ابريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

(٢) وقد قيل بهذا فعلا (انظر الاستاذ عمر ابو شادى فى شهر الحقوق العقارية ص ١٤٦) .

احدنا بالأثر الرجعى للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة الى المشـــترى قبل صدور عقد الايجار ، فلا يسرى الايجار فى حق المشترى تطبيقـــا للفقرة الاولى من المادة ٦٠٤ مدنى التى تجـــرى على الـــوجه الآتى : « اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا الى شـــخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » • أما اذا أنكرنا الأثر الرجعى فان ملكية الدار لا تنتقل الى المشترى الا وقت اجراء التسجيل أى فى وقت تال لصدور الايجار ، فيسرى الايجار فى حق المشترى •

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا ، فلا يكون الايجـــار فى المثـــل المتقدم ساريا فى حق المشترى ، وهذا هو الرأى الذى أخذنا به فى عهد التقنين المدنى السابق [1] •

٢٨٥ — القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع القواعد العامة : والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستســـاغ فيهـــا من ناحيـــة الصـــناعة

---

(١) عقد الايجار للمؤلف فقرة ٤٨٠ — وكانت المادة ٤٧٤/٣٨٩ مـــن التقنين المدنى تجعل البيع السابق — لا نقل الملكية — هـــو الذى يفســـخ عقد الايجار . وقد كتبنا اذ ذاك ما يأتى : « ولا نرى ان قانون التسجيل الحديث .. اثر فى الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفســـخ الايجار اذا لم يكن عقد الايجار سابقا عليه فى التاريخ ، فان البيع غـــير المسجل بيع صحيح ينتج كل آثاره عدا نقل الملكية . وعلى ذلك يجـــوز للمشترى قبل ان يسجل عقده ان يطلب من المستأجر اخلاء العين بعـــد التنبيه عليه بذلك فى الميعاد القانونى . وعلى كل حال فان المشترى اذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت اليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائنيه الشخصين ومنهم المستأجر ، فيعتبر المشترى مالكا من وقت البيع اى من وقت لم يثبت أن تاريخ الايجار سابق عليه ، فينفسخ الايجار حتى مع التسليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لاالبيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الايجار » (عقد الايجار للمؤلف فقرة ٤٨٠) . والآن بعد ان جعل التقنين المدنى الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هـــو الذى يفسخ الايجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول ايضا ، فى عهد قانون الاصلاح الزراعى ، انه لو باع شخص لآخر ارضا زراعية بعقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فان ملكية الارض تنتقل فيما بين البائع والمشترى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيق المقام هنا عن بحثها .

ـــويه اقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ انكاره . وامثله اخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحــق . يبقى ان نبين لماذا يستعصى انكار الاثر الرجعى على كثير من المسائل . ولمــاذا يعصله اقرار الأثر الرجعى فى مسائل اخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الاثر الرجعى للتسجيل بتاتا ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الاثر الرجعى . يتبين ذلك من المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادىء العامة للقانون تأبى الا أن يكون للتسجيل فى نظام الشــهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمه لا يجوز ان يتخطاها . فهذا تقضى عليه طبيعته ، ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العينى . مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى اعــلام النــاس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العينى فهى نقل الحــق ، اذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هــو الذى ينقـــل الحق (١) .

فيجب اذن ، فى نظام الشهر الشخصى ، أن يؤدى كل من العقــد والتســـجيل مهمته فى حــدودها المرســومة . فينقــل العقد الملكية ، اذ هو السبب فى نقلها . ولا يتراخى المسبب عن السبب الا لمــانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من اعمــال الســبب فى الحــال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كمــا قدمنــا اعــلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان باشراه . أما بالنسبة الى الغير ، فهناك مانع من اعمــال الســبب فى الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهــى

---

(١) والتسجيل فى نظام السجل العقارى يتم بموجب عقد مجـــرد acte abstrait ، غير عقد البيع فعقد البيع ينشىء التزاما بنقل الملكية والعقد المجرد اى التسجيل هو الذى ينقلها تنفيذا لهذا الالتزام .

اعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز . كأصل عام . فى نظام شهر شخصى أن يتراخى انتقال الملكيه فيما بين المتعاقدين الى وقت اجراء التسجيل ، والا انتقلنا الى نظام الشهر العينى فى ناحيـة منه دون أن نحتاط للنواحى الأخرى .

ولكن المشرع ، فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى ، نص صراحة على أن الملكيه لا تنتقل الا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة ان هذه خطـوه أراد بهـا المشرع ان يحث المتعاقدين على المبادرة الى تسجيل عقودهم ، فارجا نقل الملكيه فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع الى تحقيق هذه الغاية . ينحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذى ينقـل الملكيه . اما اذا جعل البيع هو الذى ينقل الملكية ، وأرجا مع ذلك نقل الملكيه فيما بين المتعاقدين الى وقت اجراء التسـجيل ، فمعنى ذلك أن التسجيل هو الذى ينقل الملكية فيمـا بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضا أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصى ونظام الشهر العينى (٢) .

---

(١) او اذا نقل البيع الملكيه فلابد أن يكون مسجلا ، ومن ثم يصـبح البيع عقدا شكليا لايتم الا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهـد بعيد كما سبق القول .

(٢) والواقع اننا نشك كثيرا فى فائدة استحداث قانون التسـجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء فى نظام الشهر الشخصى . فمادمنا فى هذا النظام مضطرين الى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فان هذه القاعدة المستحدثة لاتترتب عليها اهمية كبيرة . واكبر خطر يتعرض له المشترى المتقاعـد عن التسجيل لايزال هو خطر تصرف البائع الى مشتر آخر وسبق هـذا الى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لايرجع الى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل الى قاعدة انتقالها بالتسجيل فى حق الغـير . اما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر اهميته العملية حقا الا فى نظام الشهر العينى حيث التسجيل ذاته هو الذى ينقل الملكيـة فيجب ان يكون نقلها من وقت اجراء التسجيل سواء بالنسبة الى الغـير او فيما بين المتعاقدين .

ويريد ماتقول ان الناس لم تبادر الى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل باكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الاستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجا لهذه الحالة اصدر المشرع عدة تشريعات =

أما ونحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى . ولا نزال نعتبر البيع عقدا رضائيا هو السبب القانونى فى نقل الملكيه (١) ، فلابد من اعمال البيع وانتاج أثره فى الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغى أن ينقلها فى الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة الى الغير يقتضى اعلام الغير بالبيع وهذه هى مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ — وهذا ادق من القول بأن الملكية لا تنتقل — فى حق الغير الا من وقت اجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون الا بالتسجيل اذ جاء النص صريحا فى ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه

= لجأ فيها الى طرق مختلفه لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقى فى كتاب الشهر العقارى علما وعملا (ص ٣٩ — ص ٤٠) : « ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ ان يعالج كل نقص بعد قانون سنه ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة اهمها : ١ — المرسوم بقانون الصادر فى اول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبى المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بجعله ٣ ونصف فى المائة بدلا من ٥٪ . وقد تعمد المشرع بذلك الى تشجيع جمهور المتعاملين على اجراء الشهر نظرا لما لاحظه من قلة الاقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الاهمال ٢ — القرار الصادر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذى يقضى بتسجيل العقود المتتالية . ٣ — القرار الصادر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر فى ١٣ يوليه سنه ١٩٢٨ والمتمم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن (أولا) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق او التصديق على التوقيع . (ثانيا) منع المحاكم من اثبات تاريخ المحررات التى اوجب القانون شهرها .. (ثالثا) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التى يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . ٤ — القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذى حرم ابتداء من اول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التى تستند الى ثبوت تاريخها قبل اول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود امضاء او ختم لانسان توفى ، نظرا لما لوحظ من شيوع التزوير . ٥ — القرار الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٩٤٤ الذى يقضى بعدم قبول العقود العرفية التى لم يثبت تاريخها قبل اول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية فى المحررات الرضائية المقدمة للشهر الا اذا كانت هذه العقود قد سبق ان تقدمت فى محررات تم شهرها) .

(١) وتقول محكمة النقض ان « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وانما تنتقل بأمرين : احدهما أصلى اساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ؛ وثانيهما تبعى وهو التسجيل . واذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايصححها التسجيل » (نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

اجراء التسجيل مطاوعه لنص • ووجب القول فى الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطلوعة للمبادىء العامة ، ولطبيعة البيع الذى لا يزال هو السبب فى نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل فى نظم الشهر الشخصى التى لا تزيد على اعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها فى العلاقة ما بين المتعاقدين (١) • مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففى هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشترى ، فوجب التربص حتى يتم اجراء الاختيار • وهو اجراء يقابل اجراء

(١) ويقترب الاستاذ جميل الشرقاوى كثيرا من هذا الراى عندما يذهب الى ان التسجيل فى البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، واثره منحصر فى منح السند قوة اثبات الحق قبل الغير : وتخلفه يؤدى الى سلب السند هذه القوة ، اما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث انتاجه لجميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول فى هذا الصدد : « وما دمنا نسلم بتمام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل اتمام التسجيل ، فمعنى هذا أن تترتب آثار التصرف التى يتم بها البيع ، بمعنى انه ينشأ على عاتق المشرى التزام بالثمن وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فان تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشترى بالوفاء بالثمن ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لان تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو انه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشترى بمجرد التراضى ، ذلك أن نص القانون على صورته الحالية لايمكنه ان يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشترى فى مواجهة البائع .. واحكام محكمة النقض المصرية تفترض فى قضائها انتقال الملكية رغم عدم التسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك فى قولها .. ان المشترى متصرف اليه ، اى مشتر وليس دائنا عاديا ، اى له ان يقتضى من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية — لانه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض — فى قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع اذا بنى فى عقار باعه بعقد غير مسجل فهو بأن فى ملك غيره .. ولذا فاننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشترى الا بالتسجيل ، ما دام المشترى يحصل على كل ميزات حق الملكية فى مواجهة البائع ، ويبدو ان واضعى هذا الحكم لم يفكروا كثيرا فى معناه من هذه الناحية ، وانما كان تصدهم بوضعه على هذه الصورة اظهار قصد المشرع الى التشدد فى طلب التسجيل ، لما لوحظ من اهمال المصريين القيام باجراءات التسجيل » (الاستاذ جميل الشرقاوى فى رسالته فى نظرية بطلان التصرف القانونى ص ١٥٦ هامش رقم ١ — وانظر ايضا كتابه فى البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة) .

التسجيل فى بيع العقار ، فاذا ما تم انتقلت الملكيه الى المشترى ولكن من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار (١) .

---

(١) ولايعترض على هذا التمثيل بأن التسجيل اجراء قانونى وليس شرطا واقفا يرجع الى الارادة ، بينما خيار المشترى شرط واقف ، يرجع الى الارادة . فقد بينا فى الجزء الثالث من الوسيط انه لايجوز أن يكيف الخيار فى الالتزام التخييرى بأنه شرط واقف ، وقلنا فى هذا الصدد ما يأتى: « ولايجوز ان يكيف الالتزام التخييرى بأن كلا من محاله المتعددة واجب الاداء معلقا على شرط اختيار ، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون الى ذلك . ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ، اما الاختيار فى الالتزام التخييرى — اختيار محل ما — فهو أمر محقق لابد من حصوله . واذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فانه لابد حاصل ممن اقامه القانون مقامه : القاضى فى حالة ما اذا كان الخيار للمدين ، والمدين فى حالة ما اذا كان الخيار للدائن » (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩) . وقلنا فى مكان آخر : « وايا كان الشخص الذى يثبت له حق الخيار ، فانه متى اعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام .. ويستند هذا التعيين بأثر رجعى الى الماضى .. وليس هذا الاستناد الى الماضى يرجع الى ان المحل المعين كان محلا للالتزام معلقا على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييرى ليس بالتزام شرطى . وانما يرجع الاستناد الى ان المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام ، الا ان هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الاولى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه .. ويترتب على هذا الاثر الرجعى .. ٢ — اذا كانت محال الالتزام التخييرى نقل ملكية اشياء متعددة ، ووقع الاختيار على شىء واحد من هذه الاشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما فى المنقول المعين بالذات ، فان ملكية الشىء الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ اعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشىء منذ البداية » (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧) .

ولا يقاس دور التسجيل بدور الافراز فى نقل ملكية الشىء غير المعين الا بالنوع ، فيقال كما ان الافراز ينقل الملكية من وقت تمامة لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (انظر فى هذا المعنى الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ — ص ٣١٥) . ذلك أن التسجيل انما يكون فى عقار معين بالذات ، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد ، وهذا ماتقرر فى خيار التعيين حيث كل من الشيئين معين بالذات : أما فى الافراز فالشىء غير معين بالنوع ، فطبيعته تستعصى على أن تنتقل ملكيته الا من وقت التعيين ، اذ الملكية لا تنتقل الا فى شىء معين بالذات .

ونرى من ذلك ان المشترى غير المسجل ليس مجرد دائن عادى ، بل تسمية محكمة النقض المشترى أو المتصرف اليه . ويصف القضاء المختلط =

واذا كان المشرع قد قصد أن يحث الناس على المبادرة الى تسجيل عقودهم ، فنص على وجوب التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فان الواجب اعمال النص ، ولكن يجب فى الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانونى فى مجموعه • ولا يتم للمشرع قصده كاملا الا اذا انتقل الى نظام الشهر العينى ، فأدخل السجل العقارى • وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل الا من وقت اجراء التسجيل ، سواء بالنسبة الى الغير أو فيما بين المتعاقدين •

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء فى مصر : فأحسا وجوب العمل بالنص ، وهذا حق • ولكنهما كانا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من عقود التراضى ، ولم يصبح عقدا شكليا يتم بالتسجيل (١) • واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته • فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم فيها هذا الحائل ، والتى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففى بعضها وصلا الى هذه النتيجة ؛ ولكنهما التمسا للوصول اليها طرقا أخرى استمداها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعهما مادام قد سايرا طبيعة البيع أن يلتزماها الى النهاية ، وأن يقولا بأن البيع هو الذى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت اجراء التسجيل • وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ،

حق هذا المشترى بأنه حق مضاف الى العقار Jus ad rem ، تمييزا له عن محض الحق الشخصى Jus in personam ، وتقريبا له من الحق العينى Jus in rem .

(١) انظر مثلا ما يقول الاستاذ جميل الشرقاوى : « ونحن نعتقد ان مؤيدي فكرة الاثر الرجعى للتسجيل يعبرون بهذه الفكرة عن احساس بمثل ما جعلنا نقول ان العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية الى المشترى فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشترى فى الثمار وتحريم البناء او الغراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى احكام لاتبرر فى اعتقادنا الا مع التسليم بالملكية للمشترى » (الاستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فاتجه الفقه والقضاء اتجاها يتعارض مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظـام الشهر الشخصى .

٢٨٦ — القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوص القـانون : ولا يقتصر القول بالأثر الرجعى على أنه هو القـول الـذى يتفـق مع القواعد العامة على النحو الذى بسطناه بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع الأخذ بـه .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن « جميع العقـود الصادرة بين الأحياء .. والتى من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عينى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله .. يجب اشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغـيرهم » . فالنص يوجب تسجيل عقد البيع ، ويرتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيـع اذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية اذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك الى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، والى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة الى الغير ، ولا يمكن أن يكون الا وقت اجراء التسـجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كـان قائمـا فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فان هذا القانون قد صدر وهـو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسـجيل ، وليس فى نصـوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسـعة منه

على أن « جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله • يجب شهرها بطريق التسجيل •• ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم » •

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، الا اذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » • وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العنيية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، الا بالتسجيل • ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) •

٢٨٧ — ثانيا — نقل الملكية بالنسبة الى الغير — هل يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقدة أولا — نظرة عامة : قدمنا أن انتقال الملكية بالنسبة الى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت اجراء التسجيل • فلو أن شخصا باع عقارا مملوكا له لمشتر ثم باع نفس العقار لمشتر ثان ، وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، فان المشترى الثانى يعتبر المشترى الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل اليه الملكية الا من وقت تسجيل عقده • ولما كان المشترى الثانى قد سجل عقده أولا فقد انتقلت اليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل الى المشترى الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ •

(٢) وقد قدمنا عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (انظر آنفا فقرة ٢٦٩) •

المشترى الثانى فى هذه الحالة على المشترى الأول • ونرى من ذلك أنه اذا اشترى شخصان متعاقبان عقارا واحدا من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلا هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت (١) •

ويخلص من ذلك أن المشترى لعقار اذا بادر الى تسجيل عقد شرائه فلم يسبقه أحد ، تنتقل اليه الملكية ، حتى بالنسبة الى شخص اشترى نفس العقار قبله • فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هى مقيدة بحسن نية المشترى الذى سجل أولا ؟ يمكن أن نتصور فى هذه المسألة حلولا ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط فى صحة التسجيل أن يكون المشترى حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق • فاذا كان عالما به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولا •

(والحل الثانى) ألا يشترط حسن النية فى التسجيل ، ويكفى اشتراط عدم التواطؤ • فيفضل المشترى الذى سبق الى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق ، مادام غير متواطىء مع البائع على الأضرار بالمشترى الأول الذى تأخر فى تسجيل عقده • أما اذا كان متواطئا مع البائع ، فانه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده • وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول •

(والحل الثالث) ألا يشترط فى صحة التسجيل لا حسن النية

---

(١) ويشترط فى التفضيل بحسب اسبقية التسجيل ان تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وانها جميعا تصرفات صحيحة نافذة . فاذا صدر تصرف من المالك فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشترى من غير المالك يملك بالتقادم الخمسى اذا كان حسن النية . واذا سبق الى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشترى الأول . ويرجع المشترى الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشترى الثانى أيضا بالتعويض اذا كان متواطئا مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشترى الثانى بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل فى أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يدانى فى قوته التسجيل فى نظام الشهر العينى . ولا يجوز فى هذا الحل الأخير للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل الا بالدعوى البوليصية ، اذا توافرت شروطها . فيجب اذن أن يكون البائع معسرا ، ونفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك الا العقار الذى باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشترى الأول . فى هذه الحالة يستطيع المشترى الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه . ولكن العقار لا تخلص ملكيته للمشترى الأول ، ولا يستطيع الا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه فى المزاد الجبرى ، ويزاحمه فى هذا الثمن دائنو البائع الآخرون وفقا للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل فى هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى اذا طعن فيه بالدعوى البوليصية وأصبح غير نافذ فى حق المشترى الأول ، لم تخلص لهذا المشترى ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه الا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذى قدمناه .

ويخلص من ذلك أن هناك تدرجا فى قوة التسجيل بحسب الحل الذى يؤخذ به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط فى صحته حسن نية المشترى . ثم يتدرج فى القوة اذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل اذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى الا الطعن فيه بالدعوى

البوليصية اذا كان البائع معسرا ، ولا تخلص للدائن ملكية العقـار فى هذه الحالة : بل لا يكون له الا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف العهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقارى .

٣٨٨ — شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق — احالة : وقد قدمنا أن الرأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق هو اشـتراط حسن النية فى المشترى لصحة التسجيل ، وبينا أسانيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صريح فى التقنين المدنى السابق هو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتى « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع كمـا سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سـبب صحيح محفوظة قـانونا : وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » (١) . وذكرنا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب الى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، ما لبث أن هجر ، يعتد بالتسجيل الى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشترى سىء النية ، بل ولو كـان متواطئا : مادام عقد شرائه عقدا جديا . فان كان عقدا صوريا لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتفى هنا بالاحالة الى ما سـبق أن بسطناه فى كل ذلك (٢) .

والرأى الراجح من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب الى **اشتراط حسن النية لصحة التسجيل** ، ينزل بالتسجيل الى أضعف درجة **من القوة كما سبق القول .**

---

(١) والنص الفرنسى لعبارة « لا يعلمون ما يضربها » هو ، كمـا تدمنا : qui sont de bonne foi .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٦٩ .

٢٨٩ — شرط حسن النية فى عهد قانون التسجيل : أما فى عهد قانون التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل الى درجة أقوى مما كان عليه فى عهد التقنين المدنى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٢٧٠/٣٤١ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتى المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط فى التسجيل ألا يداخله التدليس ، اذ تقول فى الفقرة الثانية منها : « فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية فى العقود المنشئة واشتراطه فى العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشترط لصحة تسجيل البيع (١).

ولكن بقى الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والفقه ، فرأى يذهب الى أنه اذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فانه يشترط عدم التواطؤ (٢) . ورأى آخر يذهب الى أن قانون التسجيل قد قضى

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ — استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢ ص ٦٥ — ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ — ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٤ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ — ومع ذلك انظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأى الى انه مما يجافى العدالة الا يكون للتواطؤ جزاء ، والى انه يجب الرجوع الى القواعد العامة فيما غمض فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لاتقر الاعمال المنطوية على التواطؤ ، والى أن المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول ان هذا القانون قد اراد القضاء على نظرية التواطؤ وانما قصدت ان تقول انه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، الى انه لايتفق مع المنطق ان =

على نظرية التواطؤ ، فيجب تفضيل المشترى الثانى الذى سجل أولا ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئا مع البائع (١) .

= يكون حق المشترى بعقد غير مسجل سلبيا فى مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقا مسلوب القوة : حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ — استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ — ٢٧ ابريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٦٣ ص ٦٠٤ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٣ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٢ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .
رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦

وانظر الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الغش والتواطؤ والتدليس فى التسجيل — الاستاذ انور سلطان فقرة ١٨٢ هامش رقم ٣ و ص ٢١٧ — ص ٢١٨ .

(١) ويستند اصحاب هذا الراى الى ان قانون التسجيل قد ابقى على نظرية التواطؤ فى العقود الكاشفة واغفلها فى العقود المنشئة ، والى ان المذكرة الايضاحية لقانون التسجيل صرحت بانه يراد حسم المنازعات العديدة فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية ، والى ان قانون التسجيل قد خطا خطوتين لادخال نظام السجل العقارى فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطا بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، والى ان المشترى الثانى يتعامل مع البائع ولايزال مالكا للمبيع ، والى انه لا محل للتمسك بالمادة ٣٤١/٢٧٠ مدنى سابق لان قانون التسجيل قد نص فى المادة ١٦ منه على الغاء كل نص يخالف أحكامه . انظر من هذا الرأى : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٢ ص ٣٠٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ١٥٤ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٠ ص ٧٠٦ — استئناف اسيوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ .

وانظر الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٦٩ — الاستاذ احمد امين فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٣٩ .

وانظر فى عرض الرأيين : الاستاذ انور سلطان فقرة ١٨٢ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٢ — الاستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات فقرة ١٦٥ ومابعدها — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ — ص ١٦٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ — ص ١٧٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢١٤ — فقرة ٢١٧ .

وقدأخذت محكمة النقض بهذا الرأى الآخر : وقضت بأنه لايشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فاذا تصرف المالك بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، « فانه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما . فاذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الأول ، فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للاول ، حتى ولو كان المتصرف اليه الثانى سىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة . واذن فلا يقبل من أى انسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا الملك فعلا اليه أن ينازع من آل اليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعيا أن له حقا عينيا على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لايقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت اليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ » (١) .

---

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم ايضا بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لان هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الايجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الاخيرة من المادة الاولى من قانون التسجيل قضاء نهائيا ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على الغاء كل نص يخالفه ، واذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقيا ، والدعوى البوليصية المشار اليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرفعها دائن لابطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للاضرار به وحرمانه من امكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب ابطال التصرف فيه » .

وانظر ايضا : نقض مدنى ٦ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ — ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ — ٣ ابريل سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ — ٢ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص٧١٣ — استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٥ — وقارن : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

فارتفعت محكمة النقض ، بهذا الرأى الذى اعتنقته ، بالتسجيل الى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشترى الأول ، الذى تواطأ البائع والمشترى الثانى على الاضرار بحقه ، يصبح محروما من الحماية . لا يستطيع هذا المشترى حقا أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، ان كان البائع موسرا . فاذا كان معسرا وكان البيع المسجل هو الذى سبب الاعسار أو زاد فيه ، جاز للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصية ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١) ، ويزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢) .

---

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — الا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنيه ، ولايمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية : نقض مدنى فى ١٣ يونية سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف اليه الاول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى المسجل ، اذا توافرت شرائط الدعوى البوليصية ، على اعتبار انه دائن عادى من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها . على انه يلاحظ ان الغرض من هذه الدعوى لايمكن ان يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الاول غير المسجل ، فان الدعوى اذا كانت تهدف الى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفة قانون التسجيل ، فضلا عن ان الدعوى البوليصية فى الواقع لاتهدف الى بطلان التصرف ، وانما تهدف الى الحد من سريانه فى حق الدائن الذى يتضرر من اثر التصرف فى مال مدينه . فاذا وجد فى هذا المال ما يفى بدينه زالت الحكمة فيها واصبحت غير مقبولة ، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين ان يشتركوا فيها وان يتقاسموا المال الذى يرجع الى مدينهم (٣ يونية سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) . ثم قضت محكمة النقض اخيرا بانه اذا تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البوليصية ، فان مؤدى ذلك ان تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ ان يعود =

ولم تهدر محكمة النقض العقد الذى سجل أولا الا فى حالة ما يكون عقدا صوريا ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

= هذا المشترى الى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه ، لان الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائنا للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه ان يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو ان طلبات المشترى الذى لم يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب ابطال التصرف الصادر من البائع الى المشترى الذى سجل عقده تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم ، فان اضافته الى ذلك طلبا آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه اهدار الطلب الأصلى فى الدعوى وهو ابطال التصرف المؤسس على الدعوى البوليصية ، وتكون المحكمة اذا اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لمجرد هذه الاضافة ، واعملت حكمها على ما بين الطلبين من تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون ان تعرض لبحث طلب ابطال التصرف استقلالا ، قد خالفت القانون (نفس الحكم السابق) . وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لايجوز الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراه والدعوى البوليصية ، لان كلا من الدعويين تتنافى مع الاخرى (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقض الايطالية الى مدى ابعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى البوليصية على النحو الذى بسطناه ، بدعوى ان المشترى ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يرمى الى تملك المبيع ، فمآل هذا الحق هو أن يصير حقا عينيا . والدعوى البوليصية لم تشرع الا لحماية الحقوق الشخصية التى لايقصد بها الحصول على الملكية ، فلايكون للمشترى الا مطالبة البائع بالثمن المدفوع له من المشترى الثانى اذا وجده فى ماله (انظر الحكم منشورا فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩ — والحكم منتقد من بعض فقهاء القانون الايطالى — انظر مقالا للاستاذ كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ — برناردى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ — وانظر الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتقضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشترى الاول المتأخر فى التسجيل على المشترى الثانى الذى سجل اولا اذا كان هذا المشترى الثانى قد تواطأ مع البائع ، ولا يكفى أن يكون سيىء النية (نقض فرنسى ٢٤ ابريل سنة ١٩٥٠ داللوز ١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه لا تنتقل الملكية من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد شرائه ، ولايحول دون نقل الملكية — على ماجرى به قضاء هذه المحكمة — ان يكون المشترى عالما بأن البائع له أو مورثه سبق =

واذا كانت محكمـة النقض ، بقضـائها هذا ، مدفوعه الى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته الى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل فى نظام السجل العقارى ، فقد تكون بذلك قد سارت الى مدى أبعد ممـا يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا نزال فيه حتى اليوم • ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل الى هذه المرتبة من القوة ، لأن هنـاك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم • فلا يسجل عقد قبـل أن تتحرى صـحته الى أبعد حـدود

= ان نصرف فى المبيع داته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت ان عقـد المشترى المسجل هو عقد صورى • ولاينتج فى اثبات هذه الصورية مجـرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد عـلى ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) — وانظر أيضا : نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سـنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعه عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٦ ديسمبر سنه ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجمـوعة احكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ — اول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احـكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ — ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٧ ص ٧٠١) •

وقد قضت محكمة النقض بانه لامجال لاعمال الاسبقية فى تسـجيل صحيفتى دعوى صحه التعاقد اذا كان احد العقدين صوريا صورية مطلقة ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان عقد الطاعن صورى صـورية مطلقة ، فانه لايكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استنادا الى اسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن : نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٤٢ ص ٨٨٦ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بحجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه قبل المطعون ضدهم السـبعة الاول باعتبارهم دائنى المطعون ضده الثامن الصادر ضده هذا الحكم فضلا عـن نفاذ هذا العقد فى حقهم بتسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل تنبيه نـزع الملكية بما يترتب عليه عدم ملكية مدينهم المذكور للعقار المنزوعة ملكيته . فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بعدم الاعتداد بهذا الحكم لصورية عقد البيـع صورية مطلقة دون ان يتسر الى هذا الدفاع الجوهرى ، يكون فضلا عمـا شابه من قصور فى التسبيب ، قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٥٧ ص ٢٧٢ .

التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصا دقيقا . ثم يعوض من يضار بهذا النظام تعويضا تكفله خزانة السجل العقارى دائما ، اما وهذه الضمانات لاتزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا نرى بدا من الاعتداد بالتواطؤ اذا داخل التسجيل . فيبطل التسجيل اذا اثبت المشترى الأول أن المشترى الثانى الذى سبقه الى التسجيل كان متواطئا مع البائع (١) . وقد رأينا أن خير طريق للوصول الى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصية ، ولكن لا على النحو الذى تذهب اليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص سنعود اليه فيما يلى (٢) .

٢٩٠ — شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى :
كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه الرأيين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء فى هذه المسألة : والرأى الذى يذهب الى ان التسجيل يكون صحيحا ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيرا بعد أن اخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الاتية : « وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة الى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادىء العامة على اعتبار ان التدليس يفسد كل شىء . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصا وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة اجراءات

---

(١) الاستاذ عبد السلام ذهنى فى التسجيل ص ٤٩ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٧ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٦ — استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ .

(٢) انظر مايلى فقرة ٢٩٠ فى آخر الفقرة . وانظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ وهامش رقم ٤ .

نظام السجل العيني فيما عدا امساك السجل ، والسجل العينى لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه الغاء التسجيل • وأضاف الفريق التانى الى ذلك أننا يجب أن نتخذ اجراء حاسما يعطى للتسجيل قوتـه وحجيته ، ولا داعى للتردد الذى كان سببا فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السـجل العينى • اضف الى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى • وقـد استمرت مناقشات اللجنة طويلا ، الى ان انتهى صريح فى هذا المعنى • وقد استمرت مناقشات اللجنه طويلا ، الى أن انتهى الرأى الى أن حكم محكمه النقض صدر بالمعنى الوارد به نظرا للحرج الذى كانت (المحكمه) امامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هدا النص فى المادة الأولى • ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هدا الحكم معبرا عن وجهه نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال ان محكمـة النقض ترى فى أى الأحوال آلا يكون للتدليس آتر على تسجيل المحررات• ولدلك رات اللجنة أن تزيل هذا الحـرج ، فـلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم • وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غفلا من النص على التدليس فى اى ماده من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادىء العامة عند عرض الأمـر على القضاء (١) •

ويبدو أن اللجنة — عد قصد أو عن غير قصد — قد رجحت الرأى القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأى الذى أخذت بـه

---

(١) الدكتور محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٢ — ص ٣١٣ — وورد فى المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الشهر العقارى : « وفى صدد التدليس لم ير محل للنص عليه ، لا بالنسبة الى التصرفات المقـررة للحقوق العينية ولا بالنسبة الى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق ، اكتفـاء بتطبيق احكام القواعد العامة فى هذا الشأن » .

محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند اليها من ناحية النص فى أن التواطؤ لا يعقد به فى العقود المنشئة ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل فى نصوصه هذه الحجة القوية ، اذ كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص فى العقود المنشئة، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقارى النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضا فى المادة التاسعة فى العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحدا فى الطائفتين معا ، وموكولا أمره للمبادىء العامة على النحو الذى قصدت اليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسدا للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقارى لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قيل غفلا من النص على التدليس فى اية مادة من مواده . فقد نص . فى صدد تسجيل الدعاوى ، فى المادة ١٧ منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما» ولما كانت المادة ١٥ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه الا اذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فاذا سجل المشترى الثانى عقدة ، ولم يجد المشترى الأول مناصا من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل

صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشترى الثانى ، فله أن يحتج على المشترى الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النيةهنا معناه أن المشترى الثانىكان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار . ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوما فى التقنين المدنى السابق ، مشترط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا الى تقرير هذا الحكم ، فهم انما قصدوا ترك المسألة الى المبادىء العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكما خطيرا قديكون محلا للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها . فيبين الحكم الذى ينتهى اليه تطبيق المبادىء العامة بدلا من ترك الأمر للفقه والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلا ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقه الرأيان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب الى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب الى أنه لا يفسده . بل أن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب الى أن سوء النية وحده يكفى لافساد التسجيل اذ حسن النية مشترط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند الى نصوص قانون الشهر فى مادتيه الخامسة عشرة والسابعه عشر .

وأمامهذا الخلاف لا يسعنا الا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادىء العامة ، كما قصد الى ذلك واضعو قانون الشهر . ومن ثم يتعين استبعاد الرأى الذى يذهب الى اشتراط حسن

النية فى التسجيل واستبعاد الرأى الذى يذهب الى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ولكن التواطؤ يفسده •

اما ان حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكـن أن يكون واضعو قانون الشهر العقارى مد قصدوا الى ذلك ، فكل ماقصدوه هو ترك المسالة للمبادئ العامة (١) • وليس من المصلحة الرجـوع فى

---

(١) والواقع ان واضعى قانون الشهر العقارى مد جاوزوا الغرض الذى قصدوا اليه عندما نقلوا المادة ١٧/٢ من المادة ١٢/٢ من قانون التسجيل . فقـد كانت الفقرة الثانية من المـادة ١٢ من قانـون التسـجيل تنص على ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادىء السارية وقت اكتسـابها » . وكانت النصوص والمبادىء المشار اليها فى هذا النص نصوص التقنين المدنى السابق ومبادئه • وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النيه اذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته باثر رجعى ، فيبقى هذا الحق بالرغم من الاثر الرجعى ما دام مقيدا قبل تسجيل صحيفة الدعوى . اما غير الدائن المرتهن ، كمشتر ممن زالت ملكيته باثر رجعى أو مشتر من غير مالك اصلا ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنده قبل تسجيله صحيفه الدعوى وكان حسن النية .ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الاتى : « ولايكون هذا الحق حجة عـلى الغير الذى كسب حقه بحسن نيه قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما » . فشمل بحمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل ايضا المشترى وكل من كسب حقا عينيا على العقار كان يهدده الاثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك الى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسنى النية ، اى غير عالمين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يهدد ملكية سلفهم من زوال بأثـر رجعى •

فلما اضاف النص الى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، ادخل فى زمرة الاشخاص الذين تشملهم الحماية إشـخاصا من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مـالك يتهدد ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلا فى حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغى ان يعامل كل بما يقتضيه مركزه . اما من يستمد حقه من غير مالك أصلا ، فلا يحمى ولو كان حسن النية ، الا اذا اسـتمد حقه من شخص يستطيع ان يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشترى بعقد صورى وكالوارث الظاهر كما سبق القول (انظر آنفا فقـرة ٢٦٣ فى الهامش) . واما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحمى ولو كان سيىء النية — اى يعلم بالتصرف السابق — لانه استمدحقه من مالك لايتهدد ملكيته الزوال ، مالم يكن متواطئاً مع هذا المالك (قارب فى هذا المعنى الاستاذ سليمان مرقس فى عقد الايجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقـم ٣ — البيع والايجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١) •

خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازالته عاملا من عوامل الاضطراب والزعزعة فى الثقة العقارية . اذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب فى كثير من الأحيان اثباته ؛ ولكنه يبقى سيفا معلقا يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فان أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل اثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقارى ، وهو خطوة الى الأمام بالنسبة الى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون فى مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست للحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعو هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصين . فمن بادر الى تسجيل سنده ، سبق فى ذلك رافع الدعوى فى تسجيل صحيفة دعواه،يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع أو أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشترى بالنسبة الى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشترى فى دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا فى دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة الى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشترى بسبق التصرف فى الذى اشتراه نافيا لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشترى أن يشترى من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيبا ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر

---

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح القضاء حرا فى تحديد حسن النية فى الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (أنظر آنفا فقرة ٢٦٣ فى الهامش) .

العقاري ، في هذه المسألة ، فقضت بأن « الغير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقده معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقا للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح اهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المشار اليه ، وانما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية متى توافرت شروطهما (١) » .

---

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .

كما قضت محكمة النقض بأن المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الاصلية ورتبت على عدم الشهر الا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تزول ولا تتغير لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير ، مما مفاده ان الملكية لا تنتقل من البائع الى المشتري الا بالتسجيل ، فاذا لم يسجل المشتري عقد شرائه وتصرف البائع الى شخص آخر سجل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل . واذ جاء نص المادة التاسعة المشار اليه اسوة بنص المادة الاولى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المقابل له ، خلوا مما يجيز ابطال الشهر اذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فان الملكية ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ تنتقل بالتسجيل ولو نسب الى المشتري =

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، لا تزال مصرة على المبدأ الذى قررته فى عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن فى هذا العقد الا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية على النحو الذى بسطناه . وقد قضت فى هذا المعنى أيضا بأنه وفقا لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى لا تنتقل الملكية من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها اليه أن يكون عالما بأن البائع له أو مورثة سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشترى الثانى الذى سبق فى التسجيل الا كون عقده صوريا . وأنه لا ينتج فى اثبات تلك الصورية مجرد علم المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (١) .

= الذى بادر بالتسجيل التدليس او التواطؤ مع البائع طالما انه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله : نقض مدنى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٢٩٥ ونقض مدنى فى ٧ ابريل سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ٩٣ ص ٥٨١ .

(١) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — وانظر ايضا : نقض مدنى ٧ يونية سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ — ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ — أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ — ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ١٩ ص ١٥٣ .

كما قضت محكمة النقض بانه لما كان الحكم المطعون فيه قد اثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر الى المطعون ضده الثانى الى اجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل ، فان ذلك الطعن — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة . ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لاجدوى منه فى خصوص هذه الدعوى : نقض مدنى فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٤

وهذا الرأى يجب أيضا استبعاده لتطرفه فى الناحية الأخرى ، كما استبعدنا الرأى الأول الذى يتطرف فى اشتراط حسن النيـة لصـحة التسجيل (١) . ومهما يكن من شفيع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيدا لادخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية : ولا تنهض به الاعتبارات العلمية .

---

(١) والفقه المصرى ، بعد صدور قانون الشهر العقارى ، منقسم ولكن الكثرة الغالبة تقر محكمة النقض فيما ذهبت اليه .

يرى الاستاذ انور سلطان (فقرة ١٨٣) وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، فيكفى لاعتبار المشترى الثانى سيىء النية أن يكون عالما بالتصرف الاول ولايشترط تواطؤه مع البائع ، ويستند فى ذلك الى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى (فقرة ١٠٥ — ١٠٧) ان حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشترى الثانى مع البائع يفسد التسجيل ويجعله غير نافذ فى المشترى الاول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقض ، من الناحية العملية على الاقل . فيذهب الاستاذ محمد على امام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩) الى أن التسجيل اذا افسده التواطؤ من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعما لقوة التسجيل . وكذلك يذهب الاستاذ عبد المنعم البدراوى (فقرة ٢١٨ — فقرة ٢١٩) الى أن الاعتداد بالتواطؤ صحيح من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء محكمة النقض . ويرى الاستاذ جميل الشرقاوى (البيع ص ١٨٠ — رسالة البطلان فقرة ٥٤ وهامش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار ان التسجيل عنصر فى اثبات الحق العقارى استلزمه القانون استلزاما مطلقا بحيث لاتحل محله وسيلة اخرى لتكميل دلالة السند المثبت للحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الاستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ٧٢ ص ١٢٥ — ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وان كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من قانون الشهر ، الا انه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التى وضعته أن المشرع لم يشأ أن يفصل فى هذه المسألة وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لايتفق مع الاتجاه الذى يسير نحوه المشرع المصرى من الاخذ بنظام التسجيل العينى . ويخلص الى القول بأن اتجاه محكمة النقض هو الذى سوف يستقر ، ويكفى أن تكون محكمة النقض قد اخذت برأى فى مسألة محل للنظر حتى تسير معها المحاكم الاخرى ، وخصوصا أن هذا هو الرأى الذى استقر قبل قانون الشهر العقارى . ويقر الاستاذ اسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ٩٣ — ص ٩٤) محكمة النقض على ما ذهبت اليه .

أما الاعتبارات العلمية فترجع الى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم الى المبادىء العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة اليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند اليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت

= ويقول الاستاذ سليمان مرقس (عقد الايجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ — البيع والايجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ — وانظر ايضا الاستاذ محمد على عرفة فى اسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥) أن شرط حسن النية المذكورة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر مقصور على دعاوى الطعن فى تصرفات مسجلة ، يترتب عليها فسخ أو بطلان أو الغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الاثر الرجعى بالنسبة الى الغير حسن النية ، فلا يرجع الاثر الا الى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب الى ان المشرع باضافته الى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . ففى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيقى ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذا فى حق من اشترى من الحائز ، ولوكان هذا الاخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض ان تسجيل عقد المشترى الثانى قد نقل اليه ملكية المبيع وجرد البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشترى الاول وفاء عينيا غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولايبقى الا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الاستاذ سليمان مرقس من ان شرط حسن النية جاء ليحد الاثر الرجعى لبطلان التصرف او فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من ان شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، آت من انه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع ان يملك الغير ، كما هى الحال فى المشترى بعقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آنفا فقرة ٢٦٣ فى الهامش) . اما ما يقوله من أن شرط حسن النية لامحل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فنقول فى حاجة الى الاستقصاء . ذلك ان المثل الذى اتى به يمكن ان يثير شرط حسن النية على الوجه الآتى : يقيم المشترى الاول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشترى الثانى بسبقه الى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشترى الاول ببطلان التسجيل لتواطؤ المشترى الثانى مع البائع . فاذا استطاع اثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رايها ان التواطؤ يفسد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشترى الاول بصحة التعاقد، وتسجيل هذا الحكم ينقل اليه هو ملكية العقار .

عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا الى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت اليه محكمة النقض ، بل هى أيضا قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . واذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية ، فمن البديهى أن المشترى الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ الى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو اذن سىء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشترى الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم ان المبادىء العامة ، وقد وكل قانون الشهر الى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضا لا تنهض بالرأى الذى تذهب اليه محكمة النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم ننتقل بعد الى نظام الشهر العينى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العينى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العينى ، يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (١) .

---

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى ، كان الامين العام لمصلحة الشهر =

ويتخلص مما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى يدعم نظام التسجيل دون اغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأى ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف fraus omnia corrumpit ، فالعقد المسجل اذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البوليصية ونساير فى هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق

= العقارى ، فى هذا الصدد ما يأتى : « ونرى انه يجب الاخذ بالمبادىء العامة فى شأن كافة المحررات على اعتبار ان التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، تطبيقا للمبدأ القائل بأن التدليس يفسد أى محرر .. ولا عبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد اخذ بجميع اجراءات نظام السجل العينى ، وعلى هذا يجب ان يكون لاجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . اذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس الا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الاصلاح النهائى المرتقب والذى يجب فيه أن يمسك السجل العينى . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر الا بامر من القائم على هذا السجل ، والقائم على امر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العينى المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لايتفق ونظام التسجيل الشخصى عموما ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية مازالت فى حاجة الى كثير من العناية والدقة لتضبط على اساس سليم » (الشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٣ — ص ٣١٤) .

(١) أو يقال ان المشترى الثانى المتواطئ مع البائع قد اضر بالمشترى الاول ، فوجب عليه التعويض . وخير تعويض هو التعويض العينى ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشترى الاول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى العقار المبيع بتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا ان المعيب ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل للتسجيل . وسبب العيب هو الغش او التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانونى ، ولايستطيع التسجيل ان يصحح هذا الفساد .

خاص للدعوى البوليصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين .
وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط (١) فى هذا الصدد ما يأتى :
« واذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما اذا كان موعودا ببيع عين أو كان دائنا فى وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها الى شخص آخر اضرارا بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر الى تحمل اجراءات التطهير ، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى العين ذاتها التى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها » (٢) . وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الأول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية مادام المشترى الأول لا يستطيع أن يصل الى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الأول اذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسرا حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصية ، فيجعله غير نافذ فى

(١) الوسيط جزء ٢ الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٨٨ ص ١٣٣٨ .

(٢) وجاء فى الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثانى من الوسيط اشارة الى بعض الفقهاء الذين يقرون هذا الرأى وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جرولييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبر فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دى هلتس جزء أول فى الدعوى البوليصية Action paulienne فقرة ٤٨ .

حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار الى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده [1] .

المبحث الثانى

تسليم المبيع

٢٩١ — تسليم المبيع والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع : اذا كان البائع ملتزما بتسليم المبيع الى المشترى ، فان هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل المبيع . ويتفرع أيضا عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع الى أن يسلمه الى المشترى . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدنى تنص على أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم»

---

(١) وهذا ما قلناه فى الجزء الثانى من الوسيط ، فقد عقبنا على ماسبق أن أوردناه فى هذا الصدد بما يأتى : ويترتب على ماتقدم انه اذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية الى مشتر آخر ، وبادر المشترى الثانى الى التسجيل متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشترى الاول ، أمكن لهذا الاخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البوليصية ، اذ أن حقه قد تركز فى العقار المبيع (الوسيط ٢ الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الثانى ص ١٣٣٨ هامش رقم ٣) .

ويقرب من هذا ماقضت به محكمة استئناف مصر فى صدد تفضيل بيع غير مسجل على وقف أنشأه البائع بعد ذلك فى العقار المبيع اضرارا بالمشترى . فقد قضت هذه المحكمة بان عدم تسجيل عقد البيع لايبطله ولا يعدم اثره ، بل يظل العقد قائما نافذا ويلتزم الطرفان بجميع الالتزامات القانونية ما عدا نقل الملكية الذى يتراخى الى ما بعد وقوع التسجيل . والمشترى بالعقد غير المسجل انما هو دائن بالتزامات شخصية تركز على العين المبيعة ، ويصح له اذن أن يستند الى نص المادة ٥٣ مدنى ويطلب بطلان الوقف الذى الذى انشأه البائع اضرارا به ، لان التصرف يمنع المشترى من تنفيذ الالتزامات التى تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الاجراءات الموصلة الى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها ، ولا محل للقول بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوقف المسجلة ، لان المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشترى بالعقد غير المسجل لا يطالب بحق عينى مثل تثبيت الملكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى الوقف بالقول ببطلانه ، لوقوعه اضرارا بحقوقه بصفته دائنا بالتزامات تتركز على العين الموقوفة (استئناف مصر ٣١ اكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

فيتفرع اذن عن التزام البائع بنقـل الملكية التزامـان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه الى المشترى • واذا اتفق الالتزامان فى أن كلا منهما فرع عن التزام أصلى ، فانهما يختلفان فى أن الالتزام بالمحافظه على المبيع التزام ببذل عنـاية obligation de moyen أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية[1] obligation de resultat وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفـرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه يهلك على البائع ، ومن هنا يجىء أن تبعه الهلاك تدور مع التسليم لا مـع نقل الملكية فى القـانون المصرى •

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم • فهو التـزام ببذل عناية كما قدمنا • ومن ثم يكون التزاما بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل • اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء •• فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود » • فاذا بذل البائع فى المحافظه على المبيع الى وقت تسليمه للمشترى عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنايته بماله أقل حرصا من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنايته بماله أكثر حرصا من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه • فاذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، ولم يكن البائع مسئولا بموجب التزامه بالمحافظه على المبيع ، وان كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامـه بالتسليم كما سنرى • واذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هـذا

---

(١) أما الالتزام بالتسـليم فى القانون الفرنسى — وفى القانون اللبنانى تبعا له — فليس التزاما بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فاذا هلك الشىء أو تلف بسبب اجنبى قبل التسليم ، فعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك بخطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشترى بالثمن : فيكون المشترى هو الـذى يتحمل تبعة الهلاك ، وسنعود الى ذلك فيما يلى •

القدر من العناية كان مقصرا ،فاذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه ، وكان مسئولا ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشترى وفقا للقواعد العامة المقررة فى المسئولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم ، ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشترى ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معا التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشترى ملزما بتسلم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملا للبائع (١) .

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفى الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فتحفظ له بهذه السمة (٢) ، ونتناول بحثه تفصيلا ، لنحدد المحل الذى يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم ، ولنعين الجزاء الذى يترتب على

---

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذه الاحكام فى المادتين ٤١٥ و ٤١٦ منه . فنصت المادة ٤١٥ على انه « اذا هلك الشىء المعين الذى انعقد عليه البيع ، او أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل او خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشترى ان يطلب قيمة ذلك الشىء أو عوضا مقابلا لما نقص من قيمته ، على الشروط التى بمقتضاها يحق له أن يداعى أى شخص آخر . واذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقدارا ، مع الاحتفاظ بحق المشترى فى طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الاقتضاء . » ونصت المادة ٤١٦ على انه « اذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشترى ، كان ملزما باستلامه على حالته ، ويدفع ثمنه كاملا » . وهذان النصان ليسا الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيهما من الاحكام دون حاجة الى نص .

(٢) وسنرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية اهمية كبيرة ، فان الالتزام بالتسليم يكون مكملا للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثانى كاملا الا اذا تم تنفيذ الالتزام الاول . واذا كان التسليم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم بلغ من الاهمية أن كان هو الذى ينقل الملكية ، فانه لا تزال له اهميته حتى اليوم ، فهو اذا كان لاينقل الملكية فانه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الاقل كما سنرى .

اخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل فى ذلك تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم (١) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ — **تسليم المبيع بحالته وبمقداره وبملحقاته** : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه فى عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه الى المشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذى عين له فى العقد ، وبالملحقات التى تتبعه . فنستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

١ — حالة المبيع

٢٩٣ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

---

(١) وقواعد التسليم فى البيع هى التى تسرى فى مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاما متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية كما فى المقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاما مستقلا كما فى الايجار والعارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدنى فى عقد الايجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من احكام ، وعلى الاخص مايتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ — ص ٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤١٤ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٦٧ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٤٨٩ (١) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع فى حالة جيدة أو فى حالة مطابقة للعينة او غير ذلك (٢) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص .

ومن ثم وجب أن نبين كيف نتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم اذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذى يترتب على وجود اتفاق خاص بين المتبايعين يعين الحالة التى يكون عليها التسليم .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدنى المصرى — أنظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لامقابل لنص التقنين المدنى المصرى ، ولكن هذا النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فيمكن الاخذ به فى القانون العراقى: انظر الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٧ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ — فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٤ : يجب تسليم المبيع بحالته التى كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد فى نص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٦٧ : يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٤٨٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدنى المصرى) .

(٢) مثل ذلك أن يكون المبيع عقارا مرهونا وقت البيع ، فيتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المشترى العقار خاليا من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

٢٩٤ — كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع : قدمنا أن المبيع يجب أن يكون معينا تعيينا كافيا ، وهذا التعيين الكافي ينطوى دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والمفروض — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (١) — أن المشترى قد رأى المبيع أو علم به علما كافيا . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بان « يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن احكامه « مستفادة من القواعد العامة » (١) . فالبائع اذن يلتزم بتزويد المشترى بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التى يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هى الحالة التى يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع الى المشترى (٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١

(٣) فاذا كان المبيع أرضا داخلة فى مشروع تقسيم Plan de lolissement وجب تسليمها فى الحالة التى هى عليها فى مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضرورى انشاء هذه الشوارع والميادين فى صورة نهائية مادامت قد شقت واصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ — ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ — ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع فى هذه الحالة ملزما بانشاء الشوارع والميادين . ولكن يجب ان يترك المسافات اللازمة لها (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥) ، وان يجعل المشترى ينتفع بها (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٣٢١) ، وللمشترى صفة فى طلب هدم المبانى التى تقام فى الشوارع المصنمة (استئناف مختلط ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤) . اما اذا وقف البائع بقية الارض المقسمة ولم يقم بشق الشوارع والميادين جاز للمشترى فسخ البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ — ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧) .

= واذا كانت الارض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، سلمها البائع للمشترى على هذه الحالة ، ولايكون ملتزما بايجاد ممر لها الى الطريق العام الا بشرط خاص (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠١) .

ما لم يوجد اتفاق خاص على غير ذلك (١) •

واذا كان المبيع من المثليات التى تعين الا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حاله المبيع وقت البيع ، لأنه غير معين بالذات فى هذا الوقت • وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدنى ببيان الحكم فى فى هذا الفرض ، فنصت على ما يأتى : «ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره • واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط » • فالحالة التى يجب تسليم المبيع عليها فى هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص ان وجد ، فاذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملابسة • فاذا لم توجد هذه ولا ذاك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف ردىء حتى لا يغبن المشترى (٢) •

٢٩٥ — **تغير حالة المبيع** : والتزام البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع الى المشترى •

---

(١) أو عرف متبع ، وذلك كالحالة التى يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع الى العرف فى تحديد هذه الحالة وفى تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف فى بورصة مينا البصل (استئناف مختلط ٣١ دسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧) •

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ — بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ •
واذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشترى وقت تسلم البضاعة أن يطلب من قاضى الامور المستعجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، اذا ادعى أن الحالة هى الحالة الواجبة أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) • أما اذا قبل المشترى المبيع واستعمله مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك ان يشكو أن فيه عيبا أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ — ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩) •

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي كان عليها وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فاذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يحتج بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، اذ أن سكوته هذه المده يدل اما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع ، واما على أن هناك فرقا بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه ونزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما اذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، او عند معاينته له واختباره اياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء اثبات أن المبيع لم تتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه وعلى المدين اثبات براءته من الالتزام (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ — ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وهما الحكمان المشار اليهما في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من التقنين التجاري ، في العلاقة بين صاحب الاشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن « استلام الاشياء المنقولة ودفع أجرة النقل مبطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة اذا كان العيب الذي حصل فيها ظاهرا من خارجها . وأما اذا كان غير ظاهر فيجوز اثباته بمعرفة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالعيب المذكور الا اذا حصل الاخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب للمحكمة في ظرف ثلاثين يوما ، ويضاف الى هذين الميعادين ميعاد مسافة الطريق » . وغني عن البيان ان هذه الاجراءات والمواعيد القصيرة لاتنطبق الا في العلاقة ما بين صاحب الاشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة ما بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة اطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجاري لا يسقط حقه لمجرد هذا السكوت ، الا اذا تبين من الظروف انه قصد النزول عن حقه (انظر بودري وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة ثانيا ويشيران الى المادة ١٠٥ تجاري فرنسي) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا — دي باج ٤ فقرة ٩٩ — الاستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٥٢ — الاستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٦٠ ص ١٩٧ — ص ١٩٨ .

فان ثبت تغير فى حالة المبيع وكان هذا التغير ضارا بالمشترى ، كان البائع مسئولا عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير اذا كان هناك وجه للرجوع • ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيرا ضارا بالمشترى • فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ان أمكن ، بأن يعيد المبيع الى الحالة التى كان عليها وقت البيع اذا كان هذا مستطاعا ، والا كان للمشترى الحق فى الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معا اذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى • وغنى عن البيان أنه اذا كان التغير بخطأ المشترى أو بفعله ، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشىء على البائع •

واذا كان التغير الضار بالمشترى قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر محلا بهذا الالتزام اذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبى (١) • ويتفرع

= واذا كان المبيع عينا معينة بالذات ، فاذا كانت قد وصفت حالتها فى عقد البيع ، وادعى المشترى أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة فى عقد البيع ، لانه هو المدين بتسليم المبيع فى هذه الحالة التى كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء اثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وان كان المبيع لم توصف حالته فى عقد البيع ، فالمفروض بقاء الشىء على أصله ، وأن المبيع لم تتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع ، واذا ادعى المشترى غير ذلك فعليه هو عبء الاثبات . وقد قدمنا أن لكل من المشترى والبائع أن يطلب من قاضى الامور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته (انظر آنفا فقرة ٢٩٤ فى الهامش) ، وهذا مما ييسر الاثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشترى على البائع بالتنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التى كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشترى على البائع بالعيوب الخفية فى المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما =

على ذلك أن المبيع اذا هلك هلاكا كليا أو هلاكا جزئيا قبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تتغير حالة المبيع وقت التسليم الى حالة أفضل كما كانت عليه وقت البيع . فان كان هذا التغير بسبب أجنبى ، كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فان الزيادة تكون من نصيب المشترى لا يدفع فى مقابلها شيئا للبائع ، اذ أن للمشترى نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وان كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك فى ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فان كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشترى أن يطلب من البائع الازالة على نفقته مع التعويض ان كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب نزع ما استحدثه ان كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضررا ، الا اذا اختار المشترى أن يستبقيه طبقا للأحكام المتقدمة (٢) . واذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن

= العيب الخفى فيفترض ان المبيع بحالته وقت البيع الا ان فيه عيبا خفيا لم يكن المشترى يعرفه . ودعوى الفسخ للعيب الخفى تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، اما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط الا بخمس عشرة سنة .

ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى الغلط فى المبيع ، اذ الغلط يفترض ان ارادة المشترى معيبة فهو حالة نفسية ، اما عدم المطابقة فهو حالة مادية . والغلط جزاؤه دعوى ابطال وتسقط بثلاث سنوات ، اما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط الا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافى بالمبيع او خيار الرؤية (انظر الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥٣ ويشير الى تعليقات الاستاذ هيمار فى المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧ وص ٣٦٠) .

(١) نقض مدنى ٨ دسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) انظر فى كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٢/٩٨٠ مدنى .

يطالب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع الى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختر المشترى أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الازالة (١) • أما اذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فانه لا يرجع بشىء مما أنفقه على المشترى ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع •

وغنى عن البيان أن البائع اذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التى هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشىء آخر ولو كان خيرا منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز اذا لم يرض به الدائن ، فاذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءا فجزءا (٢) •

٢٩٦ — وجود اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع على النحو الذى بسطناه انما يقوم اذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين • فاذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذى يسرى • والمشترى هو المكلف باثبات وجود الاتفاق ، فاذا أثبته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلا فى الحالة المتفق عليها (٣) •

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع فى حالة جيدة • فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع فى حالة

---

(١) انظر المادة ٣/٩٨٠ مدنى •
(٢) بودرى وسينيا فقرة ٢١١ ص ٢١٣ وفقرة ٣٢٥ •
(٣) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا •

وقد قضت محكمة النقض بان المبيع ينتقل الى المشترى بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع تنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار فان القول بانتقال هذا الحق الى المشترى رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس: نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٢.

جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشترى ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع اذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب الى حالة جيدة وقت التسليم . فاذا لم يفعل ، وكانت الحالة التى عليها المبيع فعلا تفوت على المشترى غرضه من الشراء ، كان للمشترى مطالبة البائع بالتنفيذ العينى ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض ان كان له مقتض . أما اذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشترى غرضه ، فان البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشترى المطالبة بالتعويض ان كان قد أصابه ضرر (١) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينه متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقا لهذه العينة ، على النحو الذى بسطناه عند الكلام فى البيع بالعينة (٢) .

٢ — مقدار المبيع

٢٩٧ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب مايقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة أولا .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٢٥ — وانظر المادة ٤٢٠ مدنى .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى نصت على انه « اذا كان البيع بالعينة وجب ان يكون مطابقا لها » . ومؤدى ذلك ان يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شىء مطابق للعينه المتفق عليها ، فاذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له ان يطالب المشترى باداء المقابل وهو الثمن : نقض مدنى فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٥٦٧ .

لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجســـــامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » •

« ٢ — أما اذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحســـاب الوحدة ، وجب على المشترى ، اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جســـيمة فيجوز له أن يطلب فســـخ العقد ، وكل هذا مالم يوجد اتفاق يخـــالفـــه » •

وتنص المادة ٤٣٤ على يأتى :

« أذا وجد فى المبيع عجز أو زيـــادة ، فان حق المشـــترى فى طلب انقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد ، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تســـليم المبيـــع تسليما فعليا (١) » •

---

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هـــذا النص فى المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى : « ١ — اذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتـــمل على قدر معين ، كان مسئولا على هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لايجوز للمشترى أن يطلـــب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، الا اذا كان هذا النقص من الجســـامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى . ٢ — اما اذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ماذكر فى العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد » . وقد أقرت لجنة المراجعـــة النص مع تعديلات لنمطية طفيفة ، واصبحت المادة رقمها ٤٤٦ فى المشروع النهائى — وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبـــارة « اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مســـئولا » بعبارة « اذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولا » فى صـــدر الفقرة الاولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفى لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة فى الفقرة الاولى ، اذ ما من عقد الا وله جدوى . ورأت اللجنـــة ان تســـتبدل فى الفقرة الاولى بعبارة « الا اذا كان هذا النقص من الجســـامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى » عبارة « الا اذا اثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث انه لو كان يعلمه لما اتم العقـــد » . وذكر فى تقرير اللجنة انه « قد =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٩٠/٣٦٣ — ٢٩٦/٣٧٠ (١) .

= جعل اساس للفسخ عدم اتمام العاقد للعقد لو انه كان يعلم بوجود النقص، اخذا بالمعيار العام الذى وضع فى شأن الغلط » . واضافت اللجنة الى الفقرة الثانية عبارة « اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض » لزيادة الايضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنتــه (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وص ٦١ — ٦٣) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٥ من المشروع التمهيدى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقــم ٤٤٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ — ص ٦٦) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٩٠/٣٦٣ : على البائع ان يسلم المبيع بمقداره او وزنه او مقاسه المبين له فى عقد البيع .

م ٢٩١/٣٦٤ — ٣٦٥ : الاشياء التى يقوم بعضها مقام بعض اذا بيعت جملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار آحادها ،ووجد مقــــدارها الحقيقى اقل من المقدر فى العقد ، فللمشترى الخيار بين فسخ البيع وبيــن ابقائه مع تنقيص الثمن تنقيصا نسبيا . واذا زاد الموجود من المقدار المعين، فالزيادة للبائع .

م ٢٩٢/٣٦٦ : اذا كان المبيع من الاشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولايمكن انقسامه بغير ضرر ، وكان قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبــــار آحاده ، ففى حالة وجود نقص او زيادة فى المقدار المعين ، يكون للمشــــترى الخيار بين فسخ البيع وبين اخذ الموجود بالكامل مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقى . اما اذا كان الثمن تعين جملة فللمشترى الخيــــار بين فسخ البيع وبين اخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٢٩٣/٣٦٧ : لايجوز للمشترى فسخ البيع فى الاحوال المذكورة فى المادة السابقة الا اذا كان الغلط زائدا على نصف عشر الثمن المعين .

م ٢٩٤/٣٦٨ : اذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، فعلى البائع رد الثمن الذى قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشترى بموافقــــة القانــــون .

م ٢٩٥/٣٦٩ : وضع المشترى يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار فسخ البيع ، الا اذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظا صريحا .

م ٢٩٦/٣٧٠ : حق المشترى فى فسخ البيع او فى تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحظة : كان هناك شك فيما اذا كانت هذه المدة مدة سقوط او مدة تقادم ، فحسم التقنين الجديد الخلاف بالنص صراحة على ان المــدة مدة تقادم) .

=

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى

= وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن نصوص التقنين المدنى السابق ما ياتى : « يتصل بتحديد المبيع ان يكون البائع قد ضمن للمشترى قدرا معينا منه ، كما اذا كان المبيع قطعة ارض وبيعت على انها كذا مترا او كذا فدانا ، اذا كان المبيع بوجه عام شيئا مما يعد أو يوزن او يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحالى (السابق) نصوصا كثيرة فى هذا الموضوع .. وهى نصوص ماخوذة من الشريعة الاسلامية (مرشد الحيران م ٤٤٨ — ٤٥٣ — المجلة م ٢٢١ — ٢٢٩) وتميز فى الاشياء التى يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض ومايضره . ففى الحالة الاولى ، اذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لان المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . واذا نقص المبيع فللمشترى أن يفسخ البيع او يبقيه مع انقاص الثمن ، ولا يجوز الفسخ الا اذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما اذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر ان هذه الاحكام نفسها هى التى تنطبق . اما اذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فان زاد او نقص ، كان المشترى بالخيار بين الفسخ (اذا كانت الزيادة أو النقص اكثر من واحد على عشرين) او ابقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقى ، لان تجزئة المبيع فى هذا الغرض لاتجوز اذ التبعيض يضر . فاذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع او نقص ، فللمشترى الخيار بين الفسخ اذا كان النقص اكثر من واحد على عشرين ، أو ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعللون ذلك بان المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع فى مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شىء من الثمن . وانما اعطى للمشترى حق الفسخ فى صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق فى صورة الزيادة ، لان المبيع كان فى يد البائع لا فى يد المشترى ، واذا عذر المشترى الذى يجهل حالة شىء لم يكن فى يده ، فلا عذر للبائع فى امر كانت الحيطة تقضى عليه فيه ان يتبين قدر مايبيع قبل الاقدام على بيعه — ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يكفى فى استخلاصه القواعد العامة ، وبعضها ينطوى على شىء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقتصر على نص يعتبر تلخيصا لما تقدم من الاحكام ، وهو منقول عن التقنين البولونى والمشروع الفرنسى الايطالى . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن للمشترى القدر الذى عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجاوزة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصا . ومعنى الضمان أن المبيع اذا نقص عن القدر المعين ، كان للمشترى ان يفسخ اذا كان النقص جسيما .. (ولا يشترط ان يكون النقص واحدا على عشرين) ، او أن ينقص الثمن بقدر ما اصابه من الضرر (وليس من الضرورى أن يكون انقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر اكثر او اقل من ذلك) . ولا فرق فى حالة نقص المبيع بين ما اذا كان المبيع يضره التبعيض او لا يضره ، وبين ما اذا كان الثمن محددا بسعر الوحدة او مقدرا جملة =

السورى المادتين ٤٠١ — ٤٠٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٢٢ — ٤٢٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٤٣ — ٥٤٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٢٢ — ٤٢٧ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٤٦٩ — ٤٧١ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٤٩٢ — ٤٩٣ (١) .

= واحدة اما اذا زاد المبيع ، وكان مقدرا جملة واحدة ، فالغالب ان المتعاقدين قصدا ان يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين — وهذا يتفق مع ماسبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شىء من الثمن — لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشترى بزيادة الثمن ، الا اذا كان هنك اتفاق على غير ذلك . فاذا عين الثمن بسعر الوحدة فلا تمييز بين ما يضره التبعيض وبين ما لا يضره ، بل يكمل المشترى الثمن فى الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة جاز له ان يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الاحكام كلها ليست الا تطبيقا للقواعد العامة وتفسيرا لنية المتعاقدين ، ولاتعتبر من النظام العام ، فهى تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيرها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ — ص ٦١) . ويلاحظ انه ادخل على نصوص المشروع تعديل فى لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بانه فى حالة الزيادة اذا كان الثمن معينا بسعر الوحدة ، وجب التمييز بين ما اذا كان المبيع يضره التبعيض اولا يضره ، وقد أورد النص الحكم فى حالة ما اذا كان المبيع يضره التبعيض وسكت عن حالة ما اذا كان المبيع لايضره التبعيض ، ويبدو أن الزيادة فى هذه الحالة تكون للبائع كما سيأتى .

ثم جاء فى مكان آخر من المذكرة الايضاحية فى خصوص المادتين ٢٩٤/٣٦٨ و٢٩٥/٣٦٩ : « ولم ير المشروع محلا للكلام فى اثر الفسخ (م ٢٩٤/٣٦٨) فهو خاضع للقواعد العامة ، ولا للنص على أن وضع المشترى يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار فسخ البيع الا اذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظا صريحا (م ٢٩٥/٣٦٦) ، فان هذا الحكم ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل ان حق المشترى فى طلب انقاص الثمن — لا الفسخ وحده — يسقط اذا دلت الظروف على أن المشترى قد تنازل عنه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدنى السابق — كما جاء فى المذكرة الايضاحية — من مجموع احكام الفقه الاسلامى (أنظر فى أحكام الفقه مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جزء ٣ ص ٧٦ — ص ٧٩ — وانظر فى تفسير هذه النصوص الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٢٠ — ٣٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠١ — ٤٠٢ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ — ٤٤٣ من التقنين المدنى المصرى — انظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ =

وتعرض هذه النصوص لفرض ما اذا كان المبيع شيئا معينا بالذات ،

= مصطفى الزرقا فقرة ١٠٦ ـ فقرة ١١٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٢ — ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ — ٤٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٣ : اذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، كان المشترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . واذا ظهر المبيع زائدا ، فالزيادة للبائع.

م ٥٤٤ : ١ — اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر او من العدديات المتفاوته مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، فللمشترى فسخ البيع أو اخذ المبيع بكل الثمن ، الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ — واذا وجد المبيع زائدا ، فالزيادة للمشترى . على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عوضا فى مقابل الزيادة .

م ٥٤٥ : اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائدا او ناقصا عند التسليم ، فللمشترى فسخ البيع أو اخذ المبيع بحصته من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ — فى الاحوال المنصوص عليها فى المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشترى الحق فى الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة فى المبيع ، الا اذا كان النقص او الزيادة قد جاوز خمسة فى المائة من القدر المحدد للشىء المبيع .

٢ — وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشترى أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة اشهر من وقت تسليم المبيع للمشترى تسليما فعليا .

(تتفق هذه الاحكام مع احكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا أمرين ١ — تحديد الزيادة أو النقص فى التقنين العراقى بخمسة فى المائة . ٢ — تحديد مدة عدم سماع الدعوى فى التقنين العراقى بثلاثة اشهر ، وفى التقنين المصرى مدة التقادم سنة . انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٧١ — فقرة ١٧٧ — الاستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ — فقرة ٤٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٢٢ : ان البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه فى العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتى بيانها .

م ٤٢٣ : اذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية وجب على البائع ان يسلم المشترى ، عند تشبثه ، الكمية المعينة فى العقد ، واذا لم يتمكن من ذلك أو يتشبث به المشترى ، تحتم على البائع القبول =

= تخفيض نسبي في الثمن . أما اذا وجد المحتوى زائدا عما هو معين في العقد وكانت الزيادة جزءا من عشرين على المحتوى المعين ، فللمشترى ان يختار اما اداء الزيادة في الثمن أو الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : اذا كان عقد الشراء ، في الاحوال المعينة في المادة السابقة ، يقضي بالرجوع الى مدرجات خرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن او خفضه الا اذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : اذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متميزة مستقلة ، سواء بدىء بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده، فان بيان القياس لا يخول البائع حق استزادة الثمن اذا وجد القياس زائدا ولا المشترى حق تخفيضه اذا وجد ناقصا .

م ٤٢٦ : وفي جميع الاحوال التي يستعمل فيها المشترى حق الرجوع عن العقد يجب على البائع ان يرد اليه الثمن اذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضا .

م ٤٢٧ : أن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى الشارى لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب ان تقاما في خلال سنة من يوم التعاقد ، والا سقط الحق في اقامتهما .

(ونصوص التقنين اللبناني مأخوذة من نصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ — ١٦٢٣) .

التقنين المدني الكويتي م ٤٦٩ : اذا حدد في العقد مقدار المبيع ، كان البائع ضامنا نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك ، على انه لا يجوز للمشترى ان يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع الا اذا اثبت ان هذا النقص من الجسامة بحيث انه لو كان يعلمه لما اتم العقد .

م ٤٧٠ : ١ — اذا تبين أن قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع ما لم ير المشترى اخذها بما يقابلها من الثمن . وان كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وجب على المشترى أن يدفع ثمن الزيادة ، مالم تكن جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد . ٢ — فاذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، تكون الزيادة للمشترى ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما اتم العقد . وفي هذه الحالة ، يكون المشترى بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع ، وبين فسخ البيع . ٣ — وكان ذلك ، لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

م ٤٧١ : تسقط الدعوى بفسخ العقد او انقاص الثمن او تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز او الزيادة في المبيع ، اذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم .

(وهذه النصوص تتفق في حكمها مع نصوص التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الاردني م ٤٩٢ : اذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص او زيادة ولم يوجد اتفاق او عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية : ١ — اذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء اكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية ام لمجموع المبيع .

وقد عين مقداره فى عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامنا للمشترى هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر فى العقد ان مساحتها ألف متر ، أو أرضا زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فدانا ، أو شيئا معينا مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جزافا وذكر أن مقداره عشرون عدا أو رطلا أو أردبا أو ذراعا . وفى هذه الأحوال اذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشىء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين فى العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فتنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الاخر . فنبحث اذن : ١ — حالة نقص المبيع ، ٢ — وحالة زيادة المبيع ، ٣ — والدعاوى التى تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

= ٢ — اذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محددا على اساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .

٣ — اذا كان المبيع مما يضره التبعيض وكان الثمن المسمى لمجموعه ، فالزيادة للمشترى والنقص لا يقابله شىء من الثمن .

٤ — كلما كانت الزيادة والنقص تلزم المشترى اكثر مما اشترى او تفرق عليه الصفقة كان له الخيار فى فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها ولا يخل النقص فى مقصود المشترى .

٥ — اذا تسلم المشترى المبيع مع علمه بانه ناقص سقط حقه فى خيار الفسخ المشار اليه فى الفقرة السابقة .

م ٤٩٣ : لا تسمع الدعوى بفسخ العقد او انقاص الثمن او تكملته اذا انقضت سنة على تسليم المبيع .

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع التقنين المصرى والقواعد العامة المعمول بها فى مصر) .

(١) أما اذا لم يعين ، مقداره ، ثم ظهر اقل مما يعتقد المشترى او اكثر مما يعتقده البائع ، فلا يطعن فى العقد الا بالغلط اذا توافرت شروطه (الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله ان يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم بانه سلم المبيع اقل قدرا مما هو متفق عليه (نقض مدنى فى اول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧ ص ٢٠٥) .

٢٩٨ — حالة نقص المبيع : اذا وجد بالمبيع نقص ، وكان هنالك اتفاق خاص بين المتبايعين فى خصوص هذه الحالة ، وجب اعمال الاتفاق . فاذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجارى فى التعامل وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشترى على البائع بشىء من أجل هذا النقص (١) . فاذا كان النقص محسوسا لا يتسامح فيه ، كان للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض انقاصا للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحتم فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشترى ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضا بقدر ما أصابه من الضرر (٢) . فاذا كان النقص جسيما بحيث لو كان يعلمه

---

(١) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ٤ ص ٥٩ — ٥ ابريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ — وفى بيع المحصول اذا قدر برقم معين ونقص من هذا الرقم ، لم يكن البائع مسئولا عن هذا النقص اذا هو اثبت انه بذل العناية المألوفة فى الزراعة (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فاذا طرأ طارىء ، كنقص فى مياه الرى او فيضان ، وجب عليه اخطار المشترى حتى يتمكن هذا من المعاينة والتحوط بقدر الامكان ، والا كان البائع مسئولا (استئناف مختلط اول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ — ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ — ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ — ١٣ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ — ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ — اول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ — ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦م ٤٩ ص ٤٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦) . ويجب ان يكون البيع واقعا على محصول الارض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) . وقد يشترط المشترى على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ٤٨ — ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) . وقد يكون تحديد الكمية فى ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتقيد بهذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الشرط الاتفاقى الوارد فى العقد قد الزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها فان تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن =

المشترى لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عنـدما جعل جـزاء النقص فى مقدار المبيع دعوى انقاص الثمن او دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما اذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له ، وبين ما اذا كان الثمن قـد قـدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ، ففى جميع هذه الفروض يكون للمشترى دعوى انقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع (١) وقد كان التقنين المدنى السابق يميز بين ما اذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له . ففى حاله ما اذا كان المبيع قابلا للتبعيض يكون للمشترى دعوى انقـاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٢٩١/٣٦٤ مدنى سابق) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحـدة . وفى هذا يتفق أحكـام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السـابق كان يحتم

= باثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر اعمالا للشرط الجزائى على ما جرى به قضاء محكمة النقض : نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٦٤١ .

كما قضت محكمة النقض بأنه لما كان الطاعن اقام دعواه أمام محكمة اول درجة مطالبا بمبلغ وقدره عشرة آلاف مارك المانى تعويضا عما لحقه من اضرار نتيجة العجز والتلف فى البضائع المرسلة اليه ، واذ رفض طلبه فقد اسـتأنف الحكم مطالبا بزيادة التعويض الى عشرين الف مارك المانى دون ان يورد أمام محكمة الاستئناف ما يبرر تلك الزيادة ، فان طلب هذه الزيادة يعتبر طلبا جديدا ذلك ان التعويضات التى اجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هى التعويضات التى طرا عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة وذلك نتيجة تفاقم الاضرار المبررة للمطالبة بها ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر الزيادة طلبا جـديدا ، فانه يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سـنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ ص ١٢٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص الفقرة الاولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما اذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة او تعين به جملة واحدة ، بل جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان اذا وجد عجزا فى المبيع بطلب انقاص الثمن او فسـخ البيع بحسب الاحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد : نقض مدنى فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٧٨ ص ١١٠٥ .

نقاص الثمن بنسبة النقص فى مقدار المبيع (م ٢٩١/٣٦٥ مدنى سابق) وكان لا يجعل للمشترى دعوى الفسخ الا اذا كان النقص فى مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٢٩٣/٣٦٧ مدنى سابق) . وفى حالة ما اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشترى دعوى انقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المقدم (م ٢٩٢ / ٣٦٦ مدنى سابق) . أما اذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل التبعيض ، فلم يكن للمشترى الا دعوى للفسخ اذا كان النقص يزيد على ١/٢٠ ، أو ابقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٢٩٢/٣٦٦ مدنى سابق) ، فلم يكن يجيز انقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر فى المبيع اذا بيع بثمن مقدر جملة واحدة وصفا لا أصلا ، والوصف لا يقابله شىء من الثمن ، فاذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ — **حالة زيادة المبيع** : واذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين فى خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فاذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف . فان لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة (٢) أو مقدرا جملة واحدة .

فاذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل فى البيع ، والمبيع لا يضره

---

(١) فاذا ابرم العقد قبل ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، والا فيسرى التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة ولو ذكر فى العقد الى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالمجموع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون عملية حسابية هى حاصل ضرب سعر الوحدة فى مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٢٣ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٦ هامش ١ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٣٤ هامش ٢) .

التبعيض (١) • وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى التقنين المدنى السابق (م ٢٩١/٣٦٥ مدنى سابق) •

واذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعيض ، فالنص صريح فى أنه يجب على المشترى أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدنى) • ذلك أن القدر فى المبيع ، وان كان المبيع غير قابل للتبعيض ، يعتبر أصلا لا وصفا مادام الثمن قد قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن • فاذا زاد المبيع وجب على المشترى تكملة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشترى بدعوى تكملة الثمن على هذا النحو • لكن قد تكون الزيادة جسيمة بحيث تكون تكملة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجعل المشترى يزهد فى المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، ففى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع ، فلا يعود ملزما بتكملة الثمن • وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى التقنين المدنى السابق ، فكان المشترى بالخيار بين تكملة الثمن أو فسخ البيع ، الا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ الا اذا كانت الزيادة فى المبيع أكثر من ١/٢٠ (م ٢٩٢/٣٦٦ مدنى سابق) •

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تجعل قدر المبيع وصفا لا اصلا — فلا يقابله شىء من الثمن — اذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما اذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له • ويترتب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع اذا كان الثمن مقدارا بحساب الوحدة ، وتكون للمشترى اذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦١) •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض دون ضرر — كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعي — فان ما يستولى عليه المشترى زيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ، ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائدا عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من القانون المدنى : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٤٢ ص ١٧٧٧ •

واذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع فى هذه الحالة يعتبر وصفا لا أصلا على النحو الذى أشرنا اليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله شىء من الثمن • ومن ثم يكون للمشترى أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يدفع شيئا للبائع فى مقابل الزيادة • ويؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى من أنه « اذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدرا جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين — وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شىء من الثمن — ولذلك يبقى البيع ، ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن ، الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (١) • وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى التقنين المدنى السابق (م ٢٩٢/٣٦٦ مدنى سابق) •

٣٠٠ — تقادم الدعاوى التى تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :

ويخلص مما قدمناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاثة : ١ — دعوى انقاص الثمن ، تكون للمشترى اذا كان هناك نقص فى المبيع على النحو الذى قدمناه • ٢ — دعوى فسخ البيع ، تكون للمشترى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦١ — ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان فى يد البائع وكان فى وسعه أن يعرف مقداره • فاذا قصر فى ذلك ، وباعه بثمن مقدر جملة واحدة ، فليس له أن يحتج بتقصيره بل دل ذلك على انه ارتضى هذا الثمن فى كل المبيع •

وقد قضت محكمة النقض ان التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فامر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى فى كل منهما وتعيين ما اذا كان البائع او المشترى هو الذى يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . واذ اقام الحكم المطعون فيه قضاءه باحقية المشترى فى اخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا مع انه ليس من مؤدى ذلك حتما اعمال حكم هذه المادة ومناطة ان يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فان الحكم يكون قاصر البيان : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٤١٨ •

أيضا اذا كان هناك نقص جسيم فى المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة • ٣ — دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع اذا كانت هناك زيادة فى المبيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة (١) •

وقد راعى المشرع فى هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة (م ٤٣٤ مدنى) ، حتى لا يبقى البائع (٢) مهددا مدة طويلة برجوع المشترى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق المادة ٤٣٣ من القانون المدنى بشأن مسئولية المشترى عن تكملة الثمن اذا تبين ان القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد والمادة ٤٣٤ منه بشأن تقادم حق البائع فى طلب تكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، انما يكون وفقا لما صرحت به المادة ٤٣٣ فى صدرها فى حالة ما اذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد ، اما اذا لم يتعين مقداره او كان مبينا به على وجه التقريب فان دعوى البائع لا تتقادم بسنه بل تتقادم بخمس عشرة سنة ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استبعد تطبيق التقادم الحولى على دعوى الشركة — البائعة — بمطالبة الطاعنين — ورثة المشترى — بثمن الارض الزائدة بعد أن خلص الى مقدار المبيع لم يعين فى العقد واستدل الحكم على ذلك بالعبارة التى وردت فى اقرار المورث من ان الارض التى اشتراها من الشركة وقدرها ١٥ ف (تحت المساحة) وبما جاء فى البند الاول من عقد البيع من أن الحد الغربى للارض المبيعة هو باقى تلك الشركة ، فان هذا الذى أورده الحكم يتفق مع صحيح القانون ويقوم على اسباب سائغة تكفى لحملة (نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧) •

(٢) والبائع هو المسئول ولو كان قبل البيع شريكا فى الشيوع ثم افرز نصيبه وباعه مفرزا ، فان الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذى يظهر فى المبيع • وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت حالة الشيوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الارض بينهما ، واصبح كل منهما وقت أن تصرف فى حصته مالكا لها ملكا مفرزا محددا ، فان ايهما لا يضمن فى هذه الحالة الا المساحة التى يبيعها على التحديد فى عقد البيع ، ولا شأن للآخر باى عجز يظهر فى المبيع . وذلك لان تحميل كل منهما نصيبا من العجز لا يكون الا مع بقاء حالة الشيوع بينهما ، اما بعد القسمة فان كلا منهما يتحمل العجز الذى وقع فى الحصة التى اختص بها (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) •

عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشترى كذلك مهددا مدة طويلة برجوع البائع عليه بتكملة الثمن (١) .

---

(١) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمزاد الجبرى (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ — ١٢ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٥) — هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه الا لعجز أو زيادة فى مقدار المبيع الذى تعين فى العقد . اما اذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشترى لقطعة أرض اخرى يدعى ان البيع يتناولها ضمن المبيع ، او بطلب البائع استبعاد قطعة ارض يدعى ان البيع لا يتناولها ، او كان البيع يتناول قطعا مختلفة من الارض وتبين ان قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشترى دعوى الضمان ، او كان الثمن مقدرا تقديرا وقتيا على ان يقدر نهائيا بعد تقرير المبيع — ففى جميع هذه الاحوال لا تتقادم الدعوى — وهى ليست دعوى عجز أو زيادة — بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهى المدة العادية للتقادم (استئناف وطنى ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ — ١٨ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ — ١٥ ابريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ — ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ — ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١ و ص ٣٢٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥٧ وفقرة ٢٥٩ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تعهد خصوصى حصل بعد عقد البيع الاصلى وتعهد فيه المشترى بدفع ثمن الزيادة التى تظهر فى مساحة الاطيان المبيعة (استئناف وطنى ١٨ ابريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة او على انقاصها ، لان المادة ٣٨٨ مدنى قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف على المدة التى عينها القانون (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ — قارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة العجز فى المبيع او الزيادة فيه لا يمكن ان يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وانما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة الا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطنى ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥) .. ولكن يجوز أن يسقط حق =

ولا يسرى هذا التقادم الحولى على مطالبة البائع بالقدر الزائد الذى استولى عليه المشترى مما لا يدخل فى عقد البيع لانه يعتبر مغتصبا له ، ومن ثم لا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من التقنين المدنى (١) .

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، ففى هذا الوقت يستطيع المشترى أن يتبين ما اذا كان البيع فيه نقص يوجب انقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر الى طلب الفسخ حتى يتوقى دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليما فعليا . اذ التسليم الفعلى وحده دون التسليم الحكمى هو الذى يهيىء أسباب العلم بما تقدم . وانفسح المجال

= المشترى فى الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، اذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز مما يفهم منه أنه نزل نزولا ضمنيا من حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفا فقرة ٢٩٧ فى الهامش — الاستاذ انور سلطان فقرة ٢١٥ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٤ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

وقد قضت محكمة النقض بان تطبيق المادة ٤٣٣ من القانون المدنى بشان مسئولية المشترى من تكملة الثمن اذا تبين ان القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد والمادة ٤٣٤ منه بشان تقادم حق البائع فى طلب تكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، انما يكون وفقا لما صرحت به المادة ٤٣٣ فى صدرها فى حالة ما اذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد ، اما اذا لم يتعين مقداره اذ كان مبينا به على وجه التقريب فان دعوى البائع لا تتقادم بسنة ، بل تتقادم بخمس عشر سنة : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٣ ص ١٧٢٧ .

ويجوز ابداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة فى اية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لاول مرة امام محكمة الاستئناف (استئناف وطنى ٢٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٣٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ٢٩٦ من القانون المدنى الملغى التى تقابلها المادة ٤٣٤ من القانون القائم لا ينطبق الا حيث يوجد عجز أو زيادة فى المبيع بمعنى أن يكون البيع قد تناوله ، أما ما يضع المشترى يده عليه من اطيان البائع مما يدخل فى عقد البيع فانه يعد مغتصبا له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه فى المادة ٢٩٦ المشار اليها : نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٥٤ ص ١٠٢٠ .

للبائع نفسه الى وقت تسليمه المبيع للمشترى تسليما فعليا ، فلا يسرى تقادم دعواه بتكملة الثمن الا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة فى هذا الوقت ما اذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق فى طلب تكملة الثمن (١) .

وقد كان التقنين المدنى السابق هو أيضا يجعل مدة التقادم لهذه الدعاوى الثلاث سنة واحدة (٢) ، ولكنه كان يجعل السنة تسرى من وقت البيع (م ٢٩٦/٣٧٠ مدنى سابق)، أى فى وقت يصح ألا يكون المشترى أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواه ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضع انتقاد (٣) .

---

(١) وغنى عن البيان انه اذا سقطت دعوى البائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلى ، لم يعد هناك مقتض لدعوى المشترى بفسخ البيع ليتفادى دفع تكملة الثمن ، فان هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا الى ان دعوى الفسخ فى هذه الحالة تكون هى ايضا قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بأن مدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢/٤٣٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه اذا صادف اليوم الاخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الاجل الى اليوم التالى استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩) .

(٣) ولذلك كان القضاء فى بعض احكامه يجعل مبدأ سريان السنة من وقت التسليم الفعلى (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ — استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكنه فى اكثر الاحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقا للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ — ٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ — ٢٨ ابريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ — ١١ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ٥ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ — ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع فى وقت معين لمعرفة العجز او الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) ..

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد — (يتبين مما تقدم فى المادة السابقة — ان هناك حالات يطلب فيها المشترى =

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله قانونا (م ٣٨٢/٢ مدنى) ولكنها تكون قابلة للانقطاع (١) ٠

٣ ــ ملحقات المبيع

٣٠١ ــ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (٢) » ٠

= انقاص الثمن اذا نقص المبيع نقصا غير جسيم ، او الفسخ اذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن اذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشترى على طلب الفسخ ٠ نفى هذه الحالات جميعا تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى انقاص الثمن او فى زيادته بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما حقيقيا ٠ وهذا الحكم اصطلح عيها فى التقنين الحالى (السابق) ، اذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/٣٧٠) ، بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكفى التسليم الصورى . وظاهر ان التسليم الحقيقى وحده هو الذى يهيىء للمشترى وللبائع كشف حقيقة النقص او الزيادة فى المبيع (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ انه اذا ابرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ من هذا العقد دعوى أنقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة فى المبيع ، فان التقادم يسرى من وقت العقد وفقا لاحكام التقنين المدنى السابق ٠ اما اذا كان البيع قد ابرم فى تاريخ غير سابق على ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان احكام التقنين الجديد هى التى تسرى ، ولا يبدأ التقادم الا من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا . وقد ورد نص صريح فى هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدنى على ما يأتى : (على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة) .

(١) الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ ٠

(٢) **تاريخ النص** ــ ورد هذا النص فى المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ ــ يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ٠ ٢ ــ فاذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٨٥ — ٢٨٩ وطنى والمواد ٢٥٨ — ٣٦٢ مختلط (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٣٦ — ٥٣٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود

= الاحكام الآتية ، مالم يقض العرف بغير ذلك — (أ) بيع المنزل يشمل الاشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الاراضى الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول . (جـ) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ، ولا يشمل الثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية او التى أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صغاره التى يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهأ للجز) . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية (لانها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها) ، وبقيت الفقرة الاولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، واصبح النص رقمه ٤٤٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤ — ص ٥٥ و ص ٥٧) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٨٥/٣٥٧ ، يجب ان يكون التسليم شاملا للمبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

م ٢٨٦ / ٣٥٨ : فى حالة عدم وجود شرط فى البيع تتبع القواعد المقررة فى الاحوال الآتى بيانها ، ان لم يقض عرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٢٨٧/٣٦٠ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة فى الأوعية او فى بقعة مخصوصة منه المعدة للنقل .

م ٢٨٨/٣٦١ : بيع الأرض لايشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطنى : بيع المنزل يشمل الاشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الاشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف . وفضلا عن ذلك يتبع فى هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لاسيما اذا رجعنا الى ما حذف من نص المشروع التمهيدى فيما قدمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

اللبنانى المواد ٤١٨ — ٤٢١ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٧٢/٢ وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٤٩٠ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدنى المصرى ، وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ — فقرة ١٠٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢١ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٣٦ : على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه الى المشترى عند نقده الثمن ..

م ٥٣٧ : يدخل فى البيع من غير ذكر : (١) ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء ، فاذا بيعت بقرة حلوب لاجل اللبن دخل تبعها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع فى حدوده والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التى للدار ، واذا بيعت عرصة دخلت الاشجار المغروسة على سبيل الاستقرار . (جـ) كل ما يجرى العرف على انه من مشتملات المبيع .

(واحكام التقنين العراقى متفقة مع احكام التقنين المصرى — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ — فقرة ١٧٠ — والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ — فقرة ٣٩٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٨ : موجب تسليم الشىء يشمل ملحقاته .

م ٤١٩ : ان تسليم العقار يشمل ايضا الثوابت الحكمية ، فهى تعد حتما من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : اولا صغيره الرضيع .

ثانيا : الصوف او الشعر الذى حل ميقات جزه .

م ٤٢١ — ان المقومات والاشياء الثمينة الموجودة ضمن شىء من المنقولات لا تحسب داخلة فى البيع ، الا اذا نص على العكس .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى — م ٤٧٢/٢ — ويكون التسليم فى كل شىء على النحو الذى يتفق مع طبيعته .

(يلاحظ ان التقنين الكويتى لم يورد نصا صريحا فى ان تسليم المبيع يجب أن يشمل ملحقات الشىء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعماله طبقا لطبيعته او العرف ، ولكن يمكن اخذ هذا الحكم ضمنا من نص الفقرة الثانية للمادة ٤٧٢ من التقنين المدنى الكويتى ومن القواعد العامة) . =

فتسليم المبيع يشمل اذن تسليم ملحقاته • ونحدد أولا ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات فى حالات معينة •

٣٠٢ ــ تحديد معنى ملحقات المبيع : تقول المادة ٤٣٢ مدنى كما رأينا ، ان التسليم يشمل ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء • ويوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشىء المبيع غير ملحقاته ، والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشىء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) • فيلزم اذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشىء •

يحسن لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشىء وبين ما يقترب منها وقد يختلط بها • فالشىء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل • فالدار مثلا تشتمل على الأرض التى تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة ان وجدت وسور الدار ان كانت لها سور قائم ونحو ذلك • فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها • ونماء الشىء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل فى أصل الشىء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع • فاذا بيع حيوان مثلا ، فنماء الحيوان أى كبره فى الفترة ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله وليس ملحقا به ، وان كان قد حدث بعد البيع • والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل فى أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضا بعد البيع (٣) • ومنتجات produits الشىء ليست من أصله ،

التقنين المدنى الاردنى ــ م ٤٩٠ : يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر فى العقد .

(وهذا النص يتفق فى حكمه مع ما ورد بالتقنين المدنى المصرى) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٤ ص ٣١٧ .

(٢) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣١٦ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٩٥ .

بل هى تتولد منه ولكن بصفة عارضة لا بصفة دورية . فالمعادن التى تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التى تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذى يولد بعد البيع لا قبله (١) ، كل هذه منتجات الشىء ، فلا تدخل فى أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات fruits الشىء هى أيضا ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هى ما يتولد من الشىء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات accessoires الشىء فهى ليست من أصله ، ولا من نمائه ، ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهى شىء غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهى ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضا ظاهر . بل هى شىء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة — لا بصفة وقتية — ليكون تابعا للأصل وملحقا به ، وذلك حتى يتهيأ للأصل أن يستعمل فى الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هى اذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدنى هى « كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء » . فاذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما اذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئا ما يعتبر من ملحقات شىء آخر ، على الوجه الذى قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه الى طبيعة الأشياء كما هو الأمر فى اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (٢) ، أو الى عرف الجهة كما هو

---

(١) اما قبله فقد يكون من الملحقات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم بازالة البناء الذى اقامه المدعى عليه فى الارض التى اشتراها مؤسسا على ان المشترى اذ قبل شراء الارض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع ، فقد التزم — التزاما شخصيا — بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق =

الأمر فى عدم اعتبار المشاتل والشطأ من الملحقات ، وهـذا كله مالـم يوجد اتفاق بين المتبايعين • فالأصل اذن أنه اذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب ان يشمله التسـليم • واذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطاوعة طبائع الأشياء ، مـع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التى سنوردها •

والمشترى يتملك أصل المبيع ونماءه البيع بعقد البيع • لأن الأصل والنماء — وهو جزء من الأصل — يدخلان مبـاشرة فى العقد • ويتملك المنتجـات والثمرات لأنه مالك للأصل الذى تولـدت منه المنتجـات والثمرات ، ومن ملك الأصل ملك ما تولد منه (١) • ويتملك الملحقـات لأنها تدخل ضمنا فى عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم • ونرى من هذا أن ملكية المشترى للثمرات ترجع الى سبب غير السبب الذىيتملك الملحقات ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (٢) •

٣٠٣ — تطبيقات مختلفـة فى ملحقـات المبيـع : ونـورد بعض تطبيقات توضح ما هى الأشياء التى يمكن اعتبارها ملحقـات للمبيع فى أحوال معينة •

فالمبيع بوجه عام ، أيا كان ، تلحق بـه الأوراق والمسـتندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية (٣) ، وعقود الايجار التى يكون مـن

= فهذا الحكم يكون موافقا للقانون ، ولا يصح الطعن فيه ، بمقولة انه اذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشـترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسـجيل (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٢ ص ٧٠٣) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ولئن كانت ملكية العقار المبيع لاتنتقل الى المشترى قبل تسجيل عقد البيع الا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ ابرام البيع مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك • • (نقض مدنى فى ٢٣ من يناير سنة ١٩٦٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٥ ص ١٥٠) •

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٨٣ •

(٣) استئناف مختلط ١١ يونية سـنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ — أول ابريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ =

، ان تسرى فى حق المشترى وصورة من المستندات التى يستبقيها البائع لتضمنها حقوقا اخرى غير حق المشترى (١) • ويلحق بالمبيع أيضا حقوق الارتفاق التى قد تكون لـه ، وكذلك بوالص التأمين التى قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشترى بالنسبة الى هـذه البوالص خلفا خاصا (٢) •

واذا كان المبيع منزلا ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل فى الملحقات المنقولات التى يمكن فصلها دون تلف • ويترتب على ذلك

---

٢٨ — اكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق) •

(١) انظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى المدنى الجـديد وتنص على أن (يلتزم البائع ان يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع، وان يقدم الاوراق والمستندات المتعلقه بهذا الشىء) •• وقد سبق القـول ان هذه الماده قد حذفت فى لجنة المراجعه لانها مستفادة من القواعد العامة » انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيريه ، ص ٥٢ — ص ٥٣ — وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١ •

(٢) وكذلك تنتقل الدعاوى التى تكون للبائع بالنسبة الى الشىء المبيع، كما لو كان المبيع ارضا ونزعت ملكيه جزء منها فينتقل التعويض الى المشترى، وكما اذا كان المبيع منزلا فتنتقل الى المشترى دعوى البائع بالضمان قبـل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقره ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التى لا يحل فيها المشترى محـل البائع كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التعويض التى تكون للبائع عن اتلاف او تخريب فى المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعوى الغبن التى قد تكون للبائع قبل بائعه (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٠٥٠ — فقرة ١٠٥١) ، وتنتقل الى المشترى دعاوى الضمان — ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية — التى للبائع قبل بائعه (انسيكلوبيدى داللوز : لفظ Vente فقرة ١٠٧١) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على ان كل ما يحدثه المستأجر فى الاعيان من أصلاحات او انشاءات تكون ملكـا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الاعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبـل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القـانون الى المشترى ، وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الاعيان (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣) •

أن الأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة فى الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١) .

واذا كان المبيع أرضا زراعيه ، دخل فى الملحقات حقوق الارتفاق كما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجه دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ويدخل فى الملحقات أيضا الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدنى عراقى) . فاذا كان المبيع « عزبة » ، دخل فى ملحقاتها المواشى والالات الزراعية وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص ، وكذلك المخازن وزرايب المواشى وبيوت الفلاحين ونحو ذلك (٣) . وكذلك

---

(١) انظر المشروع التمهيدى والمذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٢) انظر المشروع التمهيدى والمذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان بيع الارض الزراعية لا يشمل المحصول الذى حصده البائع وخزنه الا اذا وجد اتفاق على العكس . والذى يدخل هو المحصول الذى لم ينضج باعتباره من ملحقات الارض ، اما ما نضج منه ويمكن جنيه فى وقت قصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٤) . ومع ذلك انظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنه ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق — انظر منيا القمح ١٦ اكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٥ ص ٥٤ — كفر صقر ٨ يولية ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٥ — ٦٥ .

(٣) واذا بيعت ارض زراعية ، لم يدخل دون ذكر فى ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة اذا كانت مساحة هذه العزبة تصل الى فدان والارض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ فدانا (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) — ولا يدخل دون ذكر المواشى فى الارض الزراعية التى امتنع على البائع نقلها بسبب اجراءات صحية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨) .. ويدخل تبعا للارض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى العرف بالا تدخل السواقى دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥) .. اما الدوار فبحسب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بانه لا يدخل فى بيع الارض ما هو عليها عند البيع من ابنية أو وابورات او مواش او ما اشبه ذلك اذا لم يذكر صراحة فى عقد البيع تاصرا على الاراضى لعتبر البيع عن =

يدخل من هذه الملحقات بنسبة ما يباع من العربة على الشيوع ، اما اذا بيعت العزبة أجزاء مفرزة لم تدخل هذه الملحقات تبعا لأى جزء مفرز منها ، بل تبقى للبائع (١) .

واذا كان المبيع بستانا (أرض جناين) ، دخل فى ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التى لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل فى الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا التسجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل (الشتل أو أو المشتل) (٢) .

واذا كان المبيع مصنعا ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات والمنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . واذا كان المبيع متجرا ، فان البضائع وعقد ايجار المكان الذى أقيم فيه المتجر والاسم التجارى (٣) « ومـاركة الفابريكة » والعملاء وعقود المستخدمين والعمال والتزامات المتجر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهى أجزاؤه وليست مجرد ملحقات له (٤) . أما ملحقاته فهى بوليصة التأمين ان وجدت ومستندات الملكية

= الارض فقط (استئناف وطنى ٣ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٢١) ، لا تدخل فى بيع الاراضي المخازن المعدة لحفظ الحصائد حتى المبنى منها فى الاراضى ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضى مع رى غيرها ، اذا لم يذكر شيء صريح فى عقد البيع (استئناف وطنى ١٣ يونيه سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٥ .

(٢) المشروع التمهيدى والمذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٣) مع اضافة عبارة تفيد خلافة المشترى للبائع فى متجره اذا كان الاسم الشخصى للبائع .

(٤) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على انه « لا يقع امتياز البائع الا على أجزاء المحل المبينة فى العقد ، فاذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع الا على عنوان المحل التجارى واسمه والحق فى الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية » . وهذا التحديد خاص =

ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

واذا كان المبيع حيوانا ، دخل فى ملحقاته الولد الرضيع لا الذى شب عن الرضاع اذا كان قد ولد قبل البيع ، أما اذا ولد بعد البيع فهو من منتجاته ويدخل فى البيع كما قدمنا . ودخل أيضا الصوف الشعر ولو كان مهيا للجز (١) . بل ان ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

واذا كان المبيع سيارة ، فان عجلاتها وأدوات الادارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصه التأمين ومستندات الملكية . فتعتبر من ملحقاتها (٢) .

واذا كان المبيع مؤلفا أو لوحة رسم أو تمثالا أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فان حق طبعه مرة أخرى — طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال — يكون من ملحقات المبيع (٣) . ولكن اذا باع المؤلف عددا محدودا من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كمؤلف ، لم يجز للمشترى أن يعيد طبع الكتاب . واذا كان المبيع اختراعا brevet d,invention ، دخل فى ملحقاته المستندات التى تشتمل على سر الاختراع وكيفية الافادة منه افادة كاملة (٤) .

= بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع ، لان العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨) .

(١) المشروع التمهيدى والمذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ — وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (انظر آنفا فقرة ٣٠١ فى الهامش) .

(٢) واذا كان المبيع طيارة ، دخل فى ملحقاتها الترخيص المحدد لها فى الطيران ، لا سيما اذا كان المشترى قد اشترط ذلك على البائع (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ ابريل سنة ١٩١٠ فى فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل فى البيع الا بشرط خاص (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٦٠ .

واذا كان المبيع أسهما وسندات ، فان قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل فى الملحقات الا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التى تستحق بعد البيع (١) فهى من الثمرات لا من الملحقات . واذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءا من السند ، أو هى فى القليل من منتجاته .

واذا كان المبيع منقولا آخر ، دخل فى ملحقاته الصندوق الذى يحتويه ان وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل فى الملحقات الأشياء الثمينة التى قد توجد ضمن المنقول ، كما اذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل فى ملحقاتها السلسلة الذهبية التى قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

المطلب الثانى

كيف يتم التسليم

٣٠٤ — طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى فى الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون فى الأصل على البائع .

فنبحث اذن :

١ — طريقة التسليم .

٢ — زمان التسليم ومكانه .

٣ — نفقات التسليم .

---

(١) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٣٠١ فى الهامش) .

١ – طريقة التسليم

٣٠٥ – **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد اعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع » .

٢ – ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، او كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٤٢/٢٧١ – ٣٤٤/٢٧٣ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** – ورد هذا النص فى المادة ٥٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى – « ١ – يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام يعلم أن المبيع قد اصبح تحت تصرفه . – ٢ – ويكون تسليم المبيع على النحو الذى يتفق مع طبيعته .. فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التمليك ، او بتخلية البائع له .. ويكون تسليم المنقول بالمناولة او بتسليم مفاتيح المكان الذى يوجد فيه ، أو بتحويل سند الايداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالترخيص فى استعمال هذا الحق ، واذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شىء وجب على البائع أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشىء دون عائق – ٣ – ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبق المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، واصبحت المادة رقمها ٤٤٨ فى المشروع النهائى .. ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة (ما دام البائع قد أعلمه بذلك) بعبارة (ما دام يعلم أن المبيع تحت تصرفه) ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط الحكم ، واصبحت المادة رقمها ٤٣٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٦٧ و ص ٦٩ – ص ٧١) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٤٢/٢٧١ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٣٨ — ٥٤٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٠٢ — ٤٠٤ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٤٧٢ /١ — ٤٧٣ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المواد ٤٩٤/١ — ٤٩٨ (١).

= به وبدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٣٤٣/٢٧٢ — يكون تسليم الاشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار اذا كان من المبانى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، واذا كان عقارا آخر فبتسليم حججه ، وهذا وذاك ان لم يكن مانع لوضع يد المشترى بمليه .. وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد الى يد ، أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات ، ويجوز حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجود تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر .. م ٣٤٤/٣٧٣ — تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها ، أو بتصريح البائع للمشترى بالانتفاع بها ان لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور .

(ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدنى المصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ — فقرة ١٣٠) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٣٨ — ١ — تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشترى من قبضه دون حائل . ٢ — واذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر اذنا من البائع له فى القبض .

م ٥٣٩ — اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .

م ٥٤٠ — ١ — اذا اجر المشترى المبيع قبل قبضه الى بائعه ، أو باعه منه ، أو وهبه اياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشترى قابضا للمبيع . — ٢ — واذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد تام هذا القبض مقام قبض المشترى .

(والاحكام فى التقنين العراقى لا تختلف عن الاحكام فى التقنين المصرى. أنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ — فقرة ١٦٤ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ — فقرة ٣٨٤) .

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م ٤٠٢ — التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وان ينتفع به بدون مانع .

م ٤٠٣ — يتم التسليم على الاوجه الآتية — أولا — اذا كان المبيع عقارا فبالتخلى عنه وبتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء ، بشرط الا يلاقى المشترى اذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانيا — اذا كان المبيع من المنقولات ، فبالتسليم الفعلى أو بتسليم مفاتيح المبانى او الصناديق المحتوية على تلك المنقولات او باية وسيلة اخرى مقبولة عرفا .. ثالثا — يتم التسليم حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، اذا كان احضار المبيع غير ممكن فى ساعة البيع او كان المبيع موجودا تحت يد المشترى لسبب آخر .. رابعا — ويتم أيضا بتحويل أو بتسليم شهادة الابداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل اذا كان المبيع اشياء مودعة فى المستودعات العامة .

م ٤٠٤ — أن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلا ، يكون بتسليم الاسناد التى تثبت وجود الحق ، أو باجازة البائع للمشترى أن يستعمله بشرط الا يحول حائل دون هذا الاستعمال — واذا كان موضوع الحق غير مادى وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .

(والاحكام فى التقنين اللبنانى لا تختلف عن الاحكام فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ١/٤٧٢ — يحصل التسليم بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشترى من حيازته والانتفاع به دون حائل ، ولو لم يقبضه بالفعل ما دام البائع قد أعلمه بذلك .

م ٤٧٣ — يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حوزة المشترى عند البيع او اتفق على أن يستبقيه فى حوزته بعد البيع لسبب غير الملك ..

(ويتفق التقنين الكويتى فى هذا الخصوص مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ١/٤٩٤ — يتم تسليم المبيع اما بالفعل أو بأن يخلى البائع بين المبيع والمشترى مع الاذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

م ٤٩٥ — اذا كان المبيع فى حوزة المشترى قبل البيع باية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما ما لم يتفق على خلاف ذلك .

م ٤٩٦ — اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشترى متسلما للمبيع فى حالة معينة أو اذا اوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليما اعتبر التسليم قد تم حكما .

م ٤٩٧ — يتم التسليم حكما بتسجيل المبيع باسم المشترى عندما تعلن النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمى .

م ٤٩٨ — يعتبر التسليم حكما أيضا — ١ — اذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشترى — ٢ — اذا انذر البائع المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل .

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع نصوص التقنين المدنى المصرى) .

ويتبين من النص أن التسليم اما أن يكون تسليما فعليا أو تسليما حكميـــــا •

٣٠٦ ــ **التسليم الفعلى** : يكــون التسليم الفعلى ، كمــا تقــول الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى فيمــا قدمناه ، بوضــع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولــو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك • فالتسليم الفعلى ينطوى اذن على عنصرين :

١ ــ وضع المبيع تحت تصرف المشترى : ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعا تحت تصرف المشترى أن يكون هذا متمكنا من حيازته حيــازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) • ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلا الى المشــترى بحيث يستولى على المبيع استيلاء ماديا ، ومادام المشترى تمكنــا من هــذا الاستيلاء فان البائع يكون قد نفــذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل يستولى المشترى على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبدا (٣) • ذلك أنه ــ

---

(١) استئناف مختلط ١٢ ابريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥ •

وقد قضت محكمة النقض بأن وضع المبيع تحت تصرف المشترى الامــر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى ، يشترط فيه ان يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به (نقض مدنى فى ٢٥ من يونية ١٩٥٩ ــ مجموعة احكام النقض السنة ١٠رقم ٧٦ ص٤٩٩)

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ •

وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى ان تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل • • مع اعلام المشترى أن المبيع وضع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافــر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق او بتصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ، ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكميــــا او معنويا : نقض مدنى فى ١٢ ابريل ١٩٧٨ مجموعــة احكـــام النقض الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ قضائية .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته • فقد يعتبر المشترى متسلما للمبيع دون ان تكون له حيازته ، وذلك =

كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (١) — اذا كان التسليم التزاما فى ذمة البائع ، فان التسلم وهو حيازة المشترى بالفعل للمبيع التزام فى ذمة المشترى (٢) .

٢ — أن يعلم البائع المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو المتقدم الذكر . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدنى يقول فى ذلك عن المشترى : «مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه » ، وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٣) . ويظهر من ذلك أنه أريد ألا يكون علم المشترى بوضع

= اذا وضع تحت تصرفه دون ان يستولى عليه استيلاء ماديا . وفى هذه الحالة يعتبر المشترى مستوفيا لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزا للمبيع . فلا يستطيع ان يبدأ التقادم ، اذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . واذا كان المبيع منقولا وكان المشترى حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فانه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول مادام لم يستول عليه استيلاء ماديا . واذا باع شخص منقولا يملكه الى شخصين متعاقبين ، واعطى لكل منهما اذنا فى تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه ، وسبق المشترى الثانى المشترى الاول الى الاستيلاء الفعلى على المنقول ، فانه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشترى الاول ان يحتج عليه بانه تسلم المنقول اولا بموجب اذن التسليم (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ — بلانيول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذى لم يعقبه تسلم فى بعض الاحيان تسلما قانونيا ، تمييزا له عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم (الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦) . ونؤثر أن نحتفظ بعبارة التسليم الفعلى لكل تسليم مادى ، اعقبه التسلم او لم يعقبه ، تمييزا له عن التسليم الحكمى الذى سنعرض له فيما بعد .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) وقد يبادىء المشترى البائع فيقبض المبيع دون اعتراض من البائع، فيكون هذا تسليما صحيحا يبرىء ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ : « واذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر اذنا من البائع له فى القبض » (انظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش) .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش .

المبيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه وبين البائع . فروئ ضبطا للحكم أن يكون علم المشترى مستمدا من البائع نفسه حسما لكل نزاع محتمل . فيجب اذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الاخطار . فقد يكون بانذار رسمى اذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء اثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشترى فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه [1] .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فان البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع[2] .

٣٠٧ — تطبيقات فى التسليم الفعلى : يبقى فى التسليم الفعلى أن نورد بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشترى على النحو الذى قدمناه ، سواء كان ذلك فى العقار أو فى المنقول أو فى الحقوق المجردة .

---

(١) قارن ما قضت به محكمة النقض من انه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد — حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على ان يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقام مقام الوفاء بالالتزام لان البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان ٣٩٣ من القانون المدنى و ٧٩٢ من قانون المرافعات (السابق) ، فان الحكم لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٥١ ص ٩٩٣) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ — ص ٦٩ — وفى بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشترى للمبيع ، فالتسليم غير التجربة وهو يسبقها عادة (الاستاذ انور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧) . ويجوز للبائع ، لاتمام التسليم ، أن يعرض المبيع على المشترى عرضا حقيقيا ، وعرضه على المشترى أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠) .

فاذا كان المبيع عقارا ، فان وضعه تحت تصرف المشترى يكون أولا بتخلية البائع له • فاذا كان دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها • واذا كانت أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك • فلابد اذن من اخلاء العقار أولا ، ثم يأتى بعد ذلك تمكين المشترى من الاستيلاء عليه • ويقع كثيرا أن يكون مجرد اخلاء العقار منطويا فى الوقت ذاته على تمكين المشترى من الاستيلاء عليه(١)، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشترى مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشترى من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الايجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشترى من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشترى من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون فى يد البائع • وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ـ وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا (٤) ـ كانت تنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشىء » •

واذا كان المبيع منقولا ، فان وضعه تحت تصرف المشترى يكون

---

(١)فلا ضرورة لاى عمل رمزى يصحب وضع العقار تحت تصرف المشترى (استئناف مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) •

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ابريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦ •

(٣) وليس من الضرورى أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة فى أن البائع هو المالك للمبيع ، ملزم بتسليم المستندات التى معه للمشترى ، فاذا تبين بعد ذلك ان هذه المستندات لا تقطع فى ملكية البائع للمبيع ، وتعرض احد للمشترى او ظهر للمبيع مستحق ، فعند ذلك يرجع المشترى على البائع بضمان التعرض او الاستحقاق (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٢) • ومجرد التاخر فى تسليم البائع مستندات ملكيته للمشترى لا يبرر فسخ البيع (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣) •

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٠٣ فى الهامش •

عادة بمناولته اياه يدا بيد ، ويتيسر ذلك فى المنقول فى أكثر الأحيـان • ولكن قد يحصل ذلك أيضا بتسليم المشترى مفاتيـح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سـند الشحن أو الايداع أو التخزين للمشترى ان كان المنقول مشـحونا أو مودعا أو مخزونا فى جهة ما (٢) ، أو بتسليم هذا السند للمشترى اذا كان السند لحامله (٣) • وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ، كما اذا كان المبيع محصولات لا تزال قائمة فى الأرض أو ثمارا لا تزال فوق الأشـجار ، فيخلى البائع ما بينها وبين المشترى حتى يستولى هذا عليها (٤) • وقد يحصل ذلك بافراز الشىء المعين بنوعه فقط فى حضور المشترى ودعوته لتسلمه ، ويقع الافراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس •

واذا كان المبيع حقا مجردا ، كحق المرور ، فانه يوضع تحت تصرف المشترى بتسليم سنده ان كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشترى فى استعمال هذا الحق مع تمكينه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو فى الخزانة • وكون الشىء حاصلا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته او غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل • واذا كان القانون قد نص فى باب البيع على ان تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فان هذا النص لا يعنى ان كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعـــلا لمحتوياتها ، لان حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة•• بحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على مـا فيها جاز اعتباره حائزا والا فلا • وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقـابة محكمة النقض (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧) •

(٢) ويجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يحول السند الى آخر ، وللآخر حق قبض المبيع المودع أو المخزون (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) •

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ٦٩ •

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ •

المرور (١) . قد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كمـا فى حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من أستعماله فى مواجهة المحال عليه (٢) .

ويتبين من هذه التطبيقات ـ كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (٣) ـ أن طريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع (٤) . ويقع عبء اثبات تسليم المبيع على عائق البائع بغض النظر عما اذا كان هـو المدعى أو المدعى عليه (٥) .

٣٠٨ ـ **التسليم الحكمى** : ويقوم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قدمناة التسليم الحكمى ، أو كمـا تدعوه المـذكرة الايضـاحية

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ ـ بودرى وسنيا فقرة ٢٩٧ ص ٢٠١ ـ وفى الاسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفى السندات والشيكات الاذنية بكون التسليم بالتظهير ، وفى السندات الأسمية لا يتم التسليم الا بعد القيد فى دفاتر الشركة (م ٣٩ و ١٣٣ تجارى) .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٥) نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة ٢٣ ص ٢٨ .

كما قضت محكمة النقض بانه متى كانت المخالصة التى اعتمد عليها البائع فى اثبات الوفاء بالتزامه ليست الا امرا صـادرا اليه من المشترى بتسليم البضاعة الى امين النقل ، فان الحكم اذ قرر ان هذه المخالصة وان كانت قرينة على حصوله التسلم الا انه يصح دحضها بكافة القرائن الاخرى، فلبس فيما قرره الحكم ما يخالف قواعد الاثبات : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن القاعدة رقم ٣٨٦ ص ٨٠ .

وقد قضت محكمة النقض ايضا بانه اذا كانت محكمة الموضوع قـد استظهرت نية المتعاقدين واستخلصت من اوراق الدعوى وظروفها ان يوما معينا هو الميعاد الذى تخلف البائع فيه عن توريد باقى كمية القطن المتبقية والذى يحق للمشترى ممارسة حقه فى الشراء ، لانه اليوم الذى سلم فيـه البائع آخر رسالة من المحصول ولم يسلم المشترى أو يعرض بعده رسـالة اخرى ، فان هذا الذى انتهت اليه المحكمة يعتبر تقديرا موضوعيا سائغا : نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٦٤١ .

المشروع التمهيدى (١) ، التسليم المعنوى . والتسليم الحكمى يتم — كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى فيما رأينا — بمجرد تراضى المتعاقدين ، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع الى المشترى . ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق Convention أو تصرف قانونى acte juridique ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكمى صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع ف حيازة المشترى قبل البيع ، باجازة أو اعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشترى حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع ، ولايحتاج الى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وانما يحتاج الى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشترى فى حيازته للمبيع ، وان كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٢) . وهذه الصورة هى التى كان التقنين المدنى السابق (م ٢٧٢ /٣٤٣) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لاكمالك فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشترى والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشىء من المشترى الى البائع . فبدلا من أن يسلم البائع المبيع للمشترى بموجب عقد البيع ، ثم يعود الى تسلمه من المشترى بموجب عقد الايجار أو أى عقد اخر ، يبقى المبيع فى يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (٣) على أن هذا يعد تسليما من البائع للمشترى ثم اعادة حيازته من المشترى للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .
(٢) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu
(٣) ويسمى هذا الاتفاق : contitut possessoire
(بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤) .

أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشترى الشىء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه أياه ، ومن ثم يبقى الشىء فى حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى (١) • وهذه الصورة الثانية لم يعرض لهـا التقنين المدنى السابق ، وشملتها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى الجديد كما قدمنـاه •

وكلتا الصورتين الأولى والثانية ليست الا تطبيقا لمبدأ عـام فى انتقال الحيازة من شخص الى آخر انتقالا حكميا ، وقد ورد هذا المبدأ فى المادة ٩٥٣ مدنى اذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى اذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه » (٢) •

وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسـليم الحكمى يمكن الاخذ بها فى مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : « واذا أجره (المشترى) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أورهنـه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشترى » (٣) • وتتميز هــذه الصورة عن صورتى التسليم الحكمى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالا ماديا لحيازة المبيع • كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل ماديا الى المشـترى نفسـه ، بـل الى شخص آخر يعد نائبا عنـه فى تسلم المبيع ، هـو شـخص

---

(١) وتنص الفقرة الاولى من المادة ٥٤٠ مدنى عراقى فى هذا المعنى على أنه « اذا اجر المشترى المبيع قبل قبضه الى بائعه، أو باعه منه، أو وهبه اياه ، او رهنه له ، او تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشترى قابضا للمبيع ، أنظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش •

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ •

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش •

تعاقد مع المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضا ، كمستأجر من المشترى أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضا فعليا بالنسبة الى العقد الذى أبرمه مع المشترى ، وقبضا حكميا بالنسبة الى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثانى .

٢ — زمـان التسليم ومكانه

٣٠٩ — زمان التسليم : كان المشروع التمهيـدى للتقنين المـدنى الجديد يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يجب أن يتم التسليم فى الوقت الذى حدده العقـد ، فاذا لم يحدد العقد وقتا لذلك وجب تسـليم المبيع فى الوقت الذى يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التى تستلزمها طبيعـة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحذوفة يستفاد حكمها فى غـير عناء من القواعد العامة المقررة فى الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررهـا المادة ٣٤٦ مدنى على الوجه الآتى : « ١ — يجب أن يتم الوفاء فـورا

---

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٨/٢٧٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون التسليم فى الوجه المعين له فى العقد ، فاذا لم يشترط فيه شىء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف » . وهذا نص يورد نفس الاحكام التى اوردها المشروع التمهيدى فيما قدمناه ، وان لم يذكر صراحة المواعيد التى تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن هذه يمكن استخلاصها من اتفاق ضـمنى بين المتبايعين .

ولا يوجد فى التقنين السورى ولا التقنين الليبى ولا التقنين العراقى نص مقابل ، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما فى مصر . وينص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٤٠٧ / ١ على ما يأتى : « يجب أن يكون التسليم فى الوقت المعين له فى العقد ، واذا لم يعين وقت وجب التسليم على اثر انشاء العقد مع مراعاة المهل التى تقتضيها ماهية المبيع أو العرف » . وهذا النص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المصرى .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ فى الهامش وص ٧٤ فى الهامش .

بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك • ٢ ــ على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسسم » •

فالأصل اذن أن يتم التسليم فورا بمجرد انعقاد البيع ، وهذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع فى ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا مـــن الوقت فى تسليمه ، أو أمهـل القاضى البـائع فى تسـليم المبيـع الى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الامهال (١) •

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان فى عقد البيع على ميعـاد التسليم ، فيجب العمل بهذا الاتفاق • فان لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم فى ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيرا فى التعامل التجــارى حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع • فان لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم الى وقت معين ، كما اذا كان المبيع شيئا غير معين الا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشترى ، فان طبيعـة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتا معقــولا يتيسر فيه للبــائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢) • فان لم يكن هناك اتفاق

---

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ •

(٢) واذا سكت المشترى عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب ازمة طرات، ثم عاد بعد مدة طويلة عندما ارتفعت الاسعار يطالب بالمتاخر، لم يحق له ذلك لان سكوته دليل على نزوله عن حقه (استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤) • ولا يستحق تعويض عن تأخر البائع فى تسليم المبيع الا بعد الاعذار (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٠) • ولا حاجة للاعذار اذا كان البائع قد ارسل البضائع فى وقت متأخر مما يتحتم معه تأخرها عن ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨) • ولكن الاصل هو ضرورة اعذار البائع المتأخر فى التسليم (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ ــ ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ ــ ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ ــ ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧م ٣٠=

أو عرف ولم تقض طبيعة المبيع تأخيرا فى التسليم ، وجب أن يكــــون التسليم فورا بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، الا اذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى للبائع مهلة فى التسليم ، كما اذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت فى الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع فى أن يمنحه القاضى هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن اذا كان مســـتحق الدفع ولم يدفعه المشترى ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن (١) ، حتى لو منح المشترى نظرة الميسرة . وهو فى ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذى سنعرض له تفصيلا فيما يلى .

٣١٠ ـــ **مكان التسليم** : كان المشروع التمهيدى للتقنين المـدنى الجديد يشتمل أيضا على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :

= ص ٥٢ ـ ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨ ـ ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ ـــ ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩) .

(١) فلو تسلم المشترى المبيع دون اذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال، لم يكن ذلك التسلم صحيحا ، وجاز للبائع استردادا المبيع . ولكن اذا هلك المبيع فى هذه الحالة وهو فى يد المشترى قبل ان يسترده البائع ، كـــان الهلاك على المشترى (م ٣٧٤ / ٣٤٥ مدنى سابق ، وهى تطبيق للقواعـــد العامة فيسرى حكمها دون حاجة الى نص) .

واذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فورا بمجرد البيع وتأخير الثمن الى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤) . واذا حان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البائع مسئولا عن التعويض الا اذا منعه عن ذلك قوة قاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ ـ وعلى البائع اثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ ابريل ١٩١٦) م ٢٨ ص ٢٥١) ـــ انظر أيضا فى تأخر البائع فى التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٣ ـ ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ ـ ٧ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ ـ ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ ـ ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ ـ ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

« ١ — يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك .

٢ — فاذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً فى موطن البائع (١) . وقد حذفت هذه المادة أيضا « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة فى فصل الوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٧ مدنى على الوجه الآتى :

١ — اذا كان محل الالتزام شيئا معين بالذات وجب تسليمه فى

---

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٦/٢٧٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر فى المادة المحذوفة . وكانت المادة ٣٤٧/٢٧٦ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « اذا تعين فى عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقى ، فيكون هذا التعيين ملزما للبائع بنقل المبيع الى المحل المعين اذا طلب المشترى ذلك . وفى حالة ما اذا لم يمكن النقل او ترتب عليه تاخير مضر بالمشترى ، يكون له الحق فى فسخ البيع مع اخذ التضمينات اذا كان البائع حصل منه تدليس » . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيسرى حكمه دون حاجه الى نص (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٠١) .

ولا يوجد فى التقنين السورى ولا فى التقنين الليبى نص مقابل ، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما فى مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدنى العراقى على أن : ١ — مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع فى المحل الذى هو موجود فيه وقت التعاقد . واذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل اقامة البائع . ٢ — اما اذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين ، لزمه تسليمه فى المحل المذكور » . والنص تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التى تسرى فى مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت انشاء العقد ، ما لم يشترط العكس — اذا عين فى عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذى يكون فيه حقيقة ، وجب على البائع ان ينقل المبيع الى المحل المعين اذا طلب المشترى نقله » . وتنص المادة ٤٧٥ من التقنين المدنى الكويتى على انه : « ١ — يتم تسليم المبيع فى مكان وجوده وقت العقد ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ — فاذا كان المبيع منقولا ولم يعين مكان وجوده ، وجب تسليمه فى موطن البائع » . وهذا النص أيضا تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الاحكام التى تسرى فى مصر

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ فى الهامش و ص ٧٤ فى الهامش .

المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك •

٢ — أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال » •

فالأصل اذن ، اذا كان المبيع شيئا معينا بالذات ، أن يكون التسليم فى المكان الذى يكون هذا الشىء موجودا فيه وقت انعقاد البيع (١) • وقد يكون الشىء المعين بالذات منقولا لم يعين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه فى موطن البائع أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال • أما اذا كان المبيع شيئا غير معين بالذات بل معينا بنوعه ، أو كان حقا مجردا كحق شخصى حوله الدائن ، فان التسليم يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله اذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأن الدين يسعى اليه portable ولا يسعى querable •وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق • فاذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقى ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم فى هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزما بنقل المبيع من مكانه الحقيقى الى المكان المعين •

٣١١ — زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه — نص قانونى : وقد ينص القانون ، فى حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه • من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٦ مدنى ، فى خصوص المبيع اذا وجب تصديره للمشترى ، من أنه « اذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ •

التسليم الا اذا وصل اليه ، ملم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٤ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٥ - ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٠٦ - وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٧٦ - وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٤٩٩ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، واقرته لجنة المراجعه تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ وص ٧٣ - وص ٧٤) .

(٢) ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، من ثم كانت القواعد العامة هى التى تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - اى مكان التصدير لا مكان التوريد - لان البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الارسال لا زمان الوصول (أنظر آنفا فقرة ٢٤٨) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٤ (مطابقة للمادة ٤٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٤٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل لهذا النص فى التقنين العراقى فتطبق به القاعدة العامة وهذه تقضى بمكان التصدير وزمان الارسال .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٠٦ : اذا كان من الواجب ارسال المبيع من مكان الى آخر ، فالتسليم لا يتم الا ساعة وصول المبيع الى المشترى أو الى ممثله » .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى . ويتساند مع المادة ٤٠٦ الآنفة الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التقنين اللبنانى ، وتجرى على الوجه الآتى : « يتحمل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره الى أن يتسلمه المشترى ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٧٦ : اذا التزم البائع بارسال المبيع الى مكان معين ، فلا يتم التسليم الا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(وهذا النص يتفق فى مضمونه مع التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى المادة ٤٩٩ : ١ - البيع المطلق يقتضى تسليم المبيع فى محل وجوده وقت العقد . ٢ - اذا تضمن العقد او اقتضى العرف =

فاذا كان المبيع يجب تصديره الى المشـــترى فى مكان غير المكان الذى هـــو فيه ، كبضائع يشحنها البائع للمشترى ، فان القواعد العـــامة التى تقضى بأن يكون التسليم فى مكان محطه الشحن لانها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التســـليم فى وقت الشـــحن • وفى هذا الوقت أيضا يتم افراز المبيع اذا كـــان فى الاصـــل شـــيئا غـــير معين الا بنوعه • فتنتقل الملكية الى المشترى وتكون تبعه الهـــلاك عليه فى الطريق • ونرى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقا للقـــواعد العامة ، تحدد وقت افراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التســـليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك الى المشترى • ولكن المادة ٤٣٦ مدنى المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة • فما لم يتفـــق المتبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفى صـــده انحالة يعمل بهذا الاتفاق (١) • فان النص يقضى بان يكون التسليم عند

= ارسال المبيع الى المشترى فلا يتم التسليم الا اذا جرى ايصاله اليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك •

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) •

(١) وقد قضت محكمه النقض بان مفاد بيع البضاعه طبقا للنظـــام المعروف فى الاصطلاح البحرى باسم « فوب » - وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة - ان يتم تسليم البضاعة في ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينه وان تبدا من ذلك الوقت ذمه البائع من الالتزام بالتسليم • وتنقـــل ملكيه البضاعه إلى المشترى الذى يلتزم وحده بمخاطر الطريق ويقع على عاتقه عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول وله ان ينيب البائع فى ابرام هذا التعاقد لمصلحته بوصـــفه وكيلا عنه : نقض مدنى فى ٦ ابريل ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض الســـنه ٢٤ ص ٥٥٩ - ونقض مدنى فى ١٧ديسمبر ١٩٧٤ المجموعة السابقه السنة ٢٥ ص ١٣١٥ • كما قضت محكمة النقض بانه لئن كان البيع « سيف » وهو بيع البضاعة لدى الشحن نظير ثمن اجمالى شامل لقيمه المبيع واجرة النقل والتامين ، يتم بتسليم البضاعة عند الشحن وتنتقل ملكيتها الى المشترى بوضعها على ظهر السفينة • الا انه لما كان العقد المبرم بين الطرفين والمودع ملف الطعن - مع تحديد ثمن البضاعة المبيعة على اساس « سيف » الاسكندرية - قـــد نص صراحه فى البند الثالث منه على ان يكون تسليم هذه البضـــاعة فى ميناء الوصول - الاسكندرية - فى مواعيد محددة وبواسطة لجنة تثبت فى محاضرها الرسمية حالة البضاعة عند تفريغها ، وكان من المقرر ان الملكية وفقا لهذا الشرط لا تنتقل الى المشترى الا بتسليم البضاعة فى مينـــاء الوصول ، فانه لا يصدق على البيع فى هذه الحالة وصف « سيف » ولا يكون =

وصول المبيع الى المشترى أى عند التفريغ ، ويكون ذلك فى موطن المشترى الذى هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذى هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشىء المعين بالذات والشىء المعين بنوعه . فاذا كان المبيع المصدر منقولا معينا بالذات ، انتقلت ملكيته الى المشترى بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفى محطة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الهلاك فى الطريق على البائع لا على المشترى . أما اذا كان المبيع شيئا معينا بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر الى تاجر آخر ، فان ملكية البضاعة لا تنتقل الا بالافراز ، والافراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون فى هذه الحالة أيضا وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فتنتقل الملكية اذن عند

= لهذا الوصف من معنى سوى انه يبين طريقة دفع الثمن دون أن يكون له اى اثر على تحديد وقت انتقال ملكية البضاعة . واذا كان مقتضى ذلك ان رسم استيراد البضاعة المبيعة يتحمله البائع تبعا لالتزامه بتخليه المبيع بحيث يمكن المشترى من استلامه فى ميناء الوصول دون عائق ، فان الحكم المطعون فيه اذ اقام قضاءه على أن الطاعن يلتزم برسم الاستيراد يكون قد انتهى الى نتيجة صحيحة فى القانون : نقض مدنى فى ١٩ مايو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٩١ .

(١) ويراعى المألوف والعرف فى تقدير الزمن الذى تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين فى وصول البضاعة المصدرة من ميناء بعيد يكون مغتفرا (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ٢٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول « اذا أمكن » ، لايغتفر فيه أن يكون الزمن ثلاثة أضعاف المألوف (استئناف مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . واذا اشترط المشترى وصول البضاعة فى وقت معين والا كان البيع مفسوخا ، كان للمشترى الحق فى رفض البضاعة التى وصلت بعد الميعاد ، وليس عليه اعذار البائع (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٤) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الطاعنة - شركة النيل لتصدير الحاصلات الزراعية - قد التزمت بموجب الاقرار المؤرخ بضمان سلامة وصول الشحنة الى ميناء الوصول ، فان المطعون ضده الأول (المشترى المرسل اليه) يكون له الخيار فى الرجوع اما على الطاعنة (البائعة) او على الناقل بالتعويض عما لحق الشحنة من عجز او تلف خلال الرحلة =

التفريغ ، ولما كان خطر هلاك البضائع التى تخرج من مخزن البائع فى الطريق على من يملكهما (٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكـون عـلى البائع اذ هو المالك الى أن تصل البضائع محطة التفريغ (١) •

٣ — نفقـــات التســليم

٣١٢ — **نفقات تسليم المبيع على البائع** : وكان المشروع التمهيدى يشمتل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن « نفقات التسليم على البائع الا اذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله الى مكان التنفيـذ وفى مقاسـه ووزنـه وحزمه » (٢) وقد حذفت هذه المادة هى أيضـا « لأنهـا مستفادة مـن القواعد العامة » (٣) •

= البحرية ، ماذا اختار مطالبة الطاعنة بالتعويض فان الاخيرة وشـأنها فى الرجوع على الناقل واتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لحفظ حقها قبله: نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٣٢٧ لسنة ٤٧ ق لـم ينشر بعد •

(١) انظر آنفا فقرة ٢٤٨ — وانظر المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ •

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٨٣/٣٥٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لمحل التسليم واجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك » • وهذا الحكـم يتفق مع حكم النص المحذوف •

ولا مقابل للنص لا فى التقنين السـورى ولا فى التقنين الليبى ، فتسرى القواعد العامة كما فى مصر ، وتكون مصروفات التسليم على البائع اذا لم يكن هناك اتفاق او عرف مخالف . وفى التقنين المدنى العراقى تنص المادة ٥٤٢ على ان « تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » • وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة • وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تنص المـادة ٤١٢ على ان « يتحمل البائع — اذا لم يكن هناك نص أو عرف مخالف — : أولا مصاريف التسلم كأجرة القياس او الوزن أو العد أو تعيين الحجم — ثانيا — المصاريف اللازمة لانشاء الحق او نقله اذا كان المبيع غير مادى » . وفى التقنين الكويتى تنص المادة ٤٧٧ على ان « نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وهذه الاحكام تتفق مع احكام القانون المصرى.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ — ص ٧٤ •

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨ مدنى فى فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » •

فالأصل اذن أن البائع — وهو المدين بالتسليم — هو الذى يتحمل نفقاته • ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد اذا كان المبيع لا يفرز الا بأحد هذه الطرق ، فان الافراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له • ويدخل أيضا فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله الى مكان التسليم اذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلا ووجب نقله الى مكان آخر • ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات ارسال مفاتيح الدار المبيعة ، أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، الى المشترى • واذا كان على المبيع تكاليف تحملها البائع كما اذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشترى ، فتكون الرسوم الجمركية على البائع (١) وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف المشترى حتى يتم التسليم تكون على البائع •

وهذا اذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشترى لا على البائع • فأجرة عداد النور أو المياه مثلا — وهى مصروفات لافراز المبيع — تكون فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن كثيرا ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك • كذلك قد يقضى العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشترى لا على البائع ، أو مناصفة بين المشترى والبائع •

---

(١) فاذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع حق فى زيادة الثمن ، كما أنها اذا نقصت لم يكن للمشترى حق فى انقاص الثمن (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١) •

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ •

٣١٣ — نفقات تسليم المبيع على المشترى — احالة : وسنرى أنه اذا كان تسليم المبيع التزاما فى ذمة البائع ، فان تسلمه التزام فى ذمة المشترى (م ٤٦٤ مدنى) ومن ثم تكون مصروفات التسلم — كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم الى الجهة التى يريدها المشترى ورسوم المرور والترانزيت والدخولية وغير ذلك — على المشترى لا على البائع ، الا اذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود الى ذلك عند الكلام فى تسلم المشترى للمبيع (١) .

المطلب الثالث

الجزاء على الاخلال بالتزام التسليم

(تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

٣١٤ — التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين : واذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذى قدمناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع فى غير الحالة التى كان عليها وقت البيع ، أو تأخر فى التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع فى غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التى سبق أن بسطناها (٢) ،

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٤٢٤ .

(٢) كأن يكون البائع لم يف بالثمن الى بائعه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشترى (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كان يكون البائع قد تصرف فى المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفى هذه الحالة اذا أخطر البائع المشترى بذلك لم تعد هناك حاجة لان يعذر المشترى البائع (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كان يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) .

ويستحق التعويض بمجرد ثبوت ان سعر البضاعة وقت وجوب التسليم أعلى من الثمن (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويعتد بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التى قد تتأخر (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ — ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ =

فان المشترى يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العينى اذا كان ذلك ممكنا (١) ، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضى سلطة تقديرية فى اجابته الى طلبه ، (٢) ، وله أن يطلب فى الحالتين تعويضا عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر من جراء اخلال البائع بالتزامه (٣) • وكل هذا يكون

= ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) • واذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر الى وقت وجوب التسليم بالنسبة الى كل دفعة (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) • ويجب على البائع الحصول على المبيع (التغطية) وقت وجوب التسليم والا تحمل الفرق (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) • والتعويض عن تأخر البائع فى تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع الى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٧) • وفى بيع القطن اذا اشترط المشترى عند عدم التسليم مبلغا معينا أو دفع الفرق فى السعر ، لم يجز للمشترى أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفى حساب الفرق فى السعر يجب الاعتداد باليوم الذى كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكنا ، فاذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا ، استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الاول (نقض مدنى فى ١٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ - مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠٤ ص ١٢٥٥) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين ، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر ، فان هذا الذى قررته المحكمة هو صحيح فى القانون : نقض مدنى فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ٢٥٠ ص ٨٥٢ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم الخيار بين التنفيذ العينى أو طلب الفسخ مع التضمينات فى الحالتين • وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر . وليس للبائع أن يحتج بأن المشترى لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم اذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداده للتسليم حتى بعد انذاره من المشترى بأنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى البيع (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٣٣) . وقضت ايضا بأنه متى كانت المحكمة =

طبقا للقواعد العامة التى قررناها فى نظرية العقد وفى نظرية تنفيذ الالتزام (١) • فاذا تأخر البائع عن التسليم مثلا ، كان للمشترى أن

= اذ قضت برفض الدعوى التى اقامها الطاعن بطلب فسخ البيع قد اقامت قضاءها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليما غير مصاب بالتلف الذى وجد به عند تحليله ، وأن التأخير فى تفريغ شحنة السفينة وفى وصول وثائق الرسالة كان راجعا الى ظروف الحرب ، وأن البائعة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهدا فى سبيل الحصول على اذن تسليم يحل محل حافظةالشحن التى تأخرت ، وأن هناك عوامل تجمعت ولم يكن للبائعة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق الى المشترى وسببت تأخير البدء فى عملية التخليص ، وأنه على فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق فى العراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائعة لانه هكذا كان نظام التخزين فى العراء بحكم الضرورة فى ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعى سائغ (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) •

ولا يجوز للمشترى فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع فى التسليم الا اذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ – استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ – ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٧ – ١٨ ابريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ – ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ – ١١ ابريل سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) • فاذا لم يعذر المشترى البائع ورفع عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتمسك بعدم الاعذار بل ناقش المشترى فى نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق فى التمسك بعدم الاعذار (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) • واذا رفع المشترى دعوى الفسخ وجب عليه أيضا طلب التعويض ، فلا يستبقى دعوى التعويض الى دعوى مستقلة يرفعها بعد دعوى الفسخ (استئناف مختلط ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) •
ولا يجوز للمشترى طلب الفسخ اذا كان اخلال البائع بالتزامه اخلالا غير جسيم ، كما اذا تأخر فى تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ – أول ابريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨) ، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٦) •
واذا كان البائعون متعددين وكانوا متضامنين فى التزامهم نحو المشترى ، وحصل المشترى على فسخ البيع لاخلالهم بهذه الالتزامات ، كانوا متضامنين فى التعويض المستحق للمشترى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٩) •

(١) وقد يتفق المتبايعان فى عقد البيع على انه اذا تأخر البائع فى تسليم المبيع كان للمشترى فسخ العقد ، مثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشترى • فاذا اختاره اجابه القاضى الى طلبه وفقا للقواعد المقررة فى هذا =

يطالبـة بالتعويض عمـا أصابه من ضرر بهذا التأخر (١) ، كأن يكـون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسلم المشترى اياها متـأخرة وكـان يستطيع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها فى الميعـاد (٢) . بـل يجـوز للمشترى ، طبقا للقواعد العامة ، أن يشترى البضائع التى امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على اذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يجوز له دون اذن ، لكن بعـد اعذار البائع ، أن يشترى البضائع على نفقته (٣) .

ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنـا ، فان البائع اذا لم يسلم المبيع للمشترى ، حتى لو كان ذلك راجعا الى سبب أجنبى ، كما اذا هلك المبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائى ، فـان

=: الشأن، ولكن يجوز الا يختار المشترى الفسخ فى هذه الحالة ويعدل عنه الى طلب التنفيذ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ - الاسـتاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ - ص ٢٠١) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد البائع السلعة للمشترى بكميات معينة فى اوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ما سبق توريده من الكميات الا اذا كان العقد غير قابل للتجزئة (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ - دى باج ٤ فقرة ١٠٤ - أنسكلوبيدى داللوز Vente فقرة ١١٨٤ - الاستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩) . واذا رفع المشترى دعوى الفسخ لتأخر البائع فى التسليم ، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع ، فان هذا العرض لا يتحتم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) .

(١) اسـتئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ - ٢٤ ابريل سـنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ - ٣ يونية سـنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٠ - ٨ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ - ١٥ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٧) .

(٢) وقد قضت محكمـة الاستئناف الوطنية بأن للمشترى الذى باع العين التى اشتراها بازيد من الثمن الذى اشـترى به أن يرجع على البائع فى حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذى دفعه اليه ، بل بالتضمينات أيضا . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذى اشترى به والثمن الذى باع به للغير (اسـتئناف وطنى ٢ ديسـمبر ١٩١٤ الشـرائع ٢ رقم ٢/١٢٠ ص ١١٦) .

(٣) على أنـه لا يجوز للمشترى أن ينتظر مدة طويلة ، حتى اذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ العينى ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول منه عن طلب التنفيذ العينى الى طلب الفسخ (اسـتئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤٧) .

البائع يكون مع ذلك لم يقم بالتزامه بالتسليم فيصبح مسئولا عن ذلك • ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشترى ، وهذا ما ننتقل الآن اليه ، فنستعرض حالة هلاك المبيع هلاكا كليا ، ثم حالة هلاكه هلاكا جزئيا أو نقص قيمته لتلف اصابه (١) •

١ — تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم

٣١٥ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » (٢) •

ويقبل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٩٧/٣٧١ (٣) •

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٤٧ — ٥٤٨ — وفى تقنين الموجبات

---

(١) وينقضى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مختلط اول يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ — ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) •

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من المشروع النهائى • ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٧ (مجموع الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥ ص ٧٦) •

(٣) التقنين المدنى السابق : م ٢٩٧/٣٧١ : اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع او اهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية او بما يقوم مقامها او بمقتضى نص العقد •

= (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد • ومع ذلك انظر المادة ٢٤١/٣٠٧ مدنى سابق ، وكانت تجعل تبعة الهلاك فى الشىء غير المعين الا بنوعه على المشترى بعد الافراز ، ولكن لما كان يغلب أن يتم الافراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعة الهلاك هنا أيضا تنتقل للمشترى عند التسليم فى الغالب . الاستاذ محمد على امام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤) •

والعقود اللبنانى المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ - وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٤٧٨ - ٤٨٠ - وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٥٠٠ و ٥٠٢ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدنى المصرى - وانظر فى التقنين المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٢٤) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٦ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٧ : ١ - اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل ان يقبضه المشترى يهلك على البائع ولا شىء على المشترى ، الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع . واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن ، ٢ - على انه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشترى او بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملا فى الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض فى الحالة الثانية .

م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك أو ضاع فى يد القابض ، لزمه الضمان . أما اذا لم يسم له ثمن كان أمانة فى يده ، فلايضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد او تقصير منه .

٢ - وما يقتض على سوم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة فى يد القابض ، فلا يضمن اذا هلك دون تعد .

(وهذه الاحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى - ويزيد التقنين العراقى بأن يبين من يتحمل تبعة الهلاك فى القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر ، مستمدا ذلك من احكام الفقه الاسلامى . وأنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٢ والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩٦ : يجب على المشترى منذ صيرورة العقد تاما - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولا .. ثالثا - مخاطر العين المعينة .

م ٣٩٧ : اذا انعقد البيع على شىء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العد او القياس أو التجربة أو الذوق ، او انعقد بمجرد الوصف ، فالبائع يبقى متحملا مخاطر المبيع وان كان قد اصبح بين يدى المشترى ، الى أن يعين او يوزن أو يعد أو يقاس او الى أن يقبله الشارى او ممثله .

م ٣٩٨ : اذا كان البيع تخييريا وقد عينت مهلة للاختيار ، فالشارى لا يتحمل المخاطر الا بعد وقوع الاختيار ، ما لم يكن ثمة نص مخالف .

م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره الى ان يتسلمه المشترى ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

٣١٦ - تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم

= م ٤٠٠ : اذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يجن وقت اجتنائه ، فالثمر او المحصول تبقى ضمان البائع الى ان يتم النضوج .

انظر أيضا المادتين ٤١٧ - ٤١١ من التقنين اللبناني وسيأتي ذكرهما .

(وأحكام التقنين اللبناني تختلف عن أحكام التقنين المصري ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسي ، في أنها تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على المشتري ، الا اذا كان المبيع لم يتعين أو لم يقبله المشتري نهائيا) .

التقنين المدني الكويتي م ٤٧٨ : اذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما اداه من الثمن وذلك ما لم يكن الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع .

م ٤٨٠ : ١ - اذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزما بالثمن كاملا . ٢ - فاذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع الى البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وانقاص الثمن بقدر نقص القيمة وذلك دون اخلال بحقه في التعويض ان كان له مقتض .

(نص المادة ٨٧٨ من التقنين الكويتي يتفق مع نص المادة ٤٣٧ من التقنين المصري ، اما المادة ٤٨٠ من التقنين الكويتي فانها تتفق مع نص كان موجودا في مشروع التقنين المصري تحت رقم ٥٨٣ ولكن لجنة المراجعة حذفته لان حكمها مستفاد من القواعد العامة) .

التقنين المدني الاردني م ٥٠٠ : ١ - اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما اداه من الثمن .

٢ - فاذا تلف بعض المبيع يخير المشتري ان شاء فسخ البيع أو اخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن .

م ٥٠١ : ١ - اذا هلك المبيع قبل التسليم او تلف بعضه بفعل المشتري ، اعتبر قابضا للمبيع ولزمه اداء الثمن . ٢ - اذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه .

م ١/٥٠٢ : اذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع او قيمته .

(وهذه النصوص تتفق في الحكم مع ما ورد بالتقنين المدني المصري ومع النصوص التي كانت بمشروع التقنين المصري وحذفت لان حكمها مستفاد من القواعد العامة وجرى عليها القضاء) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣١ .

قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفى هذه الحالة يكون هلاك الشىء الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم . فاذا هلكت العين المؤجرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر ، فانها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك اذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضا باعتباره المالك . ذلك أن الأصل فى الهلاك أن يكون على المالك res perit domino فهو الذى يكسب الغنم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

ويقصد بالهلاك الكلى زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، اما استيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة أو بيع البضاعة المبيعة بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بشأنها ، لا يعتبر هلاكا لها (١) .

---

(١) ويراد بالهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها ، حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما ، لا يؤدى الى انفساخ هذا العقد ، ولا يسوغ فى ذاته الفسخ ، اذ بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشىء الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك ان الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل انسان . أما بيع الشىء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف ، فهو اجراء وقتى قصد به صيانة الشىء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم اليه ، ونقل النزاع الذى كان دائرا حول عين معينة الى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف اليه أمر عقد البيع (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وقد قضت محكمة النقض بان الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى ، هو زوال الشىء المبيع بمقوماته الطبيعية ولا يعد استيلاء جهة الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع ، وتطبيق أحكام ضمان الاستحقاق لايكون الا حيث يرجع المشترى على البائع بهذا الضمان على اساس قيام عقد البيع ، أما =

لكن اذا كان الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشترى ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم أى على البائع ، لا على المشترى وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته اليه قبل أن يتسلمه • ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التى تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس فى حقيقته الا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ، اذ لا تخلص الملكية فعلا للمشترى الا بالتسليم • ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا • وقد طبق التقنين المدنى الجديد هده القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة • وقد رأينا النص الوارد فى البيع ، أما فى الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدنى أنه « اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة اذا هلكت •• » (١) •

= اذا اختار المشترى سبيل المطالبة بفسخ العقد فانه لا مجال لتطبيق هذه الاحكام ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص الى ان المطعون عليه رفع دعواه بطلب فسخ عقد البيع بسبب استيلاء جهة الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة ، وقضى على الاساس السالف ذكره بالزام الطاعنين برد الثمن الذى قبضه مورثهم البائع من المطعون عليه ، فانه يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ٥ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥٦ ص ٩٠٩ — ونقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١ المجموعة السابقة السنة ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨ •

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام بالتسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففى الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك اى على المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٠) — انظر فى تعليلات أخرى فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشترى ، فيقال تارة ان الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشترى ، ويقال تارة أخرى ان الغرم بالغنم فمادام المشترى يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعة هلاكه : أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ٦٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٣ هامش ١) • ويبدو أن التعليل المقبول فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشترى هو القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك res perit domino . ففى =

٣١٧ – هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشترى قبل التسليم : ونفرض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائى . أما اذا هلك بفعل البائع ، فان هذا يبقى من باب أولى مسئولا عن الهلاك ، بل يكون أيضا مسئولا عن تعويض المشترى عما أصابه من الضرر ولا يقتصر على رد الثمن (١) . وان هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشترى ، كان الهلاك فى هذه الحالة على المشترى لأنه هو الذى تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملا الى البائع اذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال اذا كان قد دفعه (٢) .

وليس فى كل هذا الا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه الى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجودا فى المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين السابقتين ، اذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشترى ، وجب دفع الثمن كاملا . أما اذا كان بفعل البائع ، فان طلب المشترى فسخ البيع ألزم البائع

= القانون الفرنسى التزام البائع الرئيسى هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانويا بالنسبة اليه ، فلا يصح ان ينفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوى مادام الالتزام الاصلى بنقل الملكية قد نفذ فاصبح المشترى مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعة هلاك .

(١) لكن اذا اهمل البائع اهمالا يسيرا تسبب عنه نقص فى المبيع ، فان ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب انقاص الثمن على سبيل التعويض وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا اهمل البائع فى جنى القطن المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون ان تنزل درجة الجودة المشترطة ، فان النقص القليل فى الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ انقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما اذا نسب الى البائع تقصير فانه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره : نقض مدنى فى ٢٨ يوليه سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض السنة ٧ ص ١٩٦ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٩ فى الهامش .

بالتعويض ، وان طلب بقاء العقد وجب انقاص الثمن (١) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

٣١٨ - هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائى قبل التسليم : فنقتصر هنا اذن على الحالة التى يكون فيها هلاك المبيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قدحدث للسبب لا يد للبائع فيه (٣) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشترى ولو أن المشترى قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تخلص له فعلا الا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فاذا كان التسليم لم يتم فان التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضا ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد

---

(١) وكان فى التقنين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٣٧٣ : وكان يجرى على الوجه الآتى : « وفى الحالتين السابقتين اذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوبا للمشترى ، فيكون الثمن مستحقا عليه بتمامه . اما اذا كان منسوبا للبائع ، فيكون ملزما بالتضمينات اذا فسخ المشترى البيع وبتنقيص الثمن اذا أبقاه » . وقد نصت المادة ٤١٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على انه « اذا هلك الشىء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو اصيب بعيب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، وحق للمشترى ان يطلب قيمة ذلك الشىء او عوضا مقابلا لما نقص من قيمته ، على الشروط التى بمقتضاها يحق له ان يداعى أى شخص آخر . واذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقدارا ، مع الاحتفاظ بحق المشترى فى طلب زيادة بدل العطل الضرر عند الاقتضاء » . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على انه « اذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل او خطأ من المشترى ، كان ملزما باستلامه على حالته ويدفع ثمنه كاملا » .

انظر أيضا المادة ٢/٥٤٧ من التقنين المدنى (آنفا فقرة ٣١٤ فى الهامش) .

وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٣) والبائع هو الذى يحمل عبء اثبات ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

انتقلت الى المشترى • فاذا هلك المبيع قبل التسليم بقـوة قاهرة أو بحادث فجائى ، فان التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كمـا قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ • ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القـانون طبقا للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مـدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسـبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسـخ العقـد من تلقاء نفسه » • ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيـع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشترى بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع اذا كان قد دفعه ، وأن يمتنع عن دفعه اذا كان لم يدفعه •فيخرج البائع ، بانفسـاخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسـر الثمن ، فيكون هو الذى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم • وعـلى هذا النحو يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليسـت كمـا رأينا الا تطبيقا لنظرية انفسـاخ العقد الملزم للجانبين بسـبب استحالة تنفيذ الالتزام •

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، يتفق فى الوقت ذاته مع أحكام الفقه الاسلامى وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم (١) • ولذلك اعتاد الفقه المصرى أن ينسب القاعدة التى أخذ

---

(١) وقد رأينا انه اذا كان البيع فى الفقه الاسلامى ينقل الملك الـى المشترى ، فان القبض يزيد نقل الملك تأكيدا ، حتى ان المشترى قبل القبض لايكون مطلق التصرف فى المبيع (أنظر آنفا فقرة ٢٣١) ، وحتى انه اذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . قيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة ، كذلك يد القابض على سوم الشراء اذا سمى الثمـن يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراقى آنفا فقرة ٣١٥ فى الهامش) . اما اذا لم يسم الثمن فى سوم الشراء ، وسمى أو لم يسم فى سوم النظر ، فان يـد القابض تكون يد أمانة ، فيهلك الشىء على المالك لا على القابض وغنى عن البيان أن الشىء ، فى سوم الشراء وفى سوم النظر ، سمى الثمن أو لم يسم ، يعتبر فى القانون المصرى وديعة فى يد القابض ، فاذا هلك تحمل المالـك لا القابض تبعة الهلاك •

بهـا التقنين المصرى الى الفقه الأسلامى ، وذلك لما رأى أن هـذا التقنين سار عليها مخالفا بذلك القاعدة التى أخذ بها التقنين الفـرنسى كما سبق القول (١) .

ونرى مع ذلك أن المبيع اذا كان عينا معينة بالذات تنتقـل تبعـه هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيـازة (٢) . فلـو كـان المبيع عقارا ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما اذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهـلاكه عـلى المشترى (٣) . فالعبرة اذن بالتسليم الذى يتم به نقـل الحيـازة ، لا بالتسجيل الذى يتم به نقل الملكية . ومتى انتقلت الحيـازة الى المشـترى بالتسليم ، كان الهلاك عليـه ولو لم تنتقل اليـه الملكية بالتسجيل . أما اذا لم تنتقل اليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على

---

(١) ونرى أثر ذلك فيما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « هذه النصوص (م ٥٨١ — ٥٨٣) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبـل التسليم . وقد استبقى المشروع احكام التقنين الحالى (السابق) فجعـل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافا للتقنينات اللاتينية ، وأخذا بأحكام الشريعة الاسلامية ، وتطبيقا لقواعد الفسخ فى العقد الملـزم للجانبين » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥) ، أنظر رسالة الدكتور محمـد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ص ١٧٧ ومابعدها .

(٢) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز للمتابعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشترى . فاذا لم يتفقا على ذلك، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تغطية لمسئوليته ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشترى لانه أمن على مسئوليته هو لا على مسئولية المشترى (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٣) .

(٣) المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجمـوعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ٧٥ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب الى انه اذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو تسلم المشترى المبيع . ولكن لما كانت تبعة الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقـل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشترى اذا تسلم المبيـع ولو كان البيـع لم يسجل (نقض مدنى ٨ ديسـمبر سنة ١٩٢٣ مجمـوعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٨٦ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠) .

البائع ولو انتقلت الملكية الى المشترى بالتسجيل (١) .

واذا كان المبيع شيئا غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فانه يبقى فى ضمان البائع حتى وقت التسليم . فان هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك وبالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت الى المشترى بهذا التعيين . أما اذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشترى (٢) ، لا لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية المشترى ، بل لأنه قد سلم الى المشترى فانتقلت حيازته اليه ، فأصبحت تبعة الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

٣١٩ — اعذار البائع المشترى لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن البائع يكون مستعدا لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع الى المشترى ، ويكون المشترى هو المتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقيا لتحميل البائع تبعة هلاك المبيع فى هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحا للبائع يدرأ به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشترى ليتسلم المبيع ، ومن وقت الاعذار يعتبر المبيع فى حكم الشىء المسلم للمشترى ، فاذ هلك حتى قبل التسليم الفعلى فان هلاكه يكون على المشترى لا على البائع (٣) . وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما

---

(١) ولو كان البيع معلقا على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتا . والهلاك بعد التسليم على المشترى اذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتا ، أما اذا تحقق الشرط فانفسخ البيع ثم هلك ، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أى على البائع مادمنا لسنا بصدد التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع معلقا على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضا ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، اذ لا يكون لتحقق الشرط فى هذه الحالة اثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى). اما اذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفذ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشترى . انظر فى ذلك الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الاستاذ محمد على امام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨٢ .

(٢) استئناف مختلط ٧ ابريل سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٢٣٦ .

(٣) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

رأينا : « الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » أى أن الهلاك يكون استثناء على المشترى اذا وقع بعد اعذاره لتسلم المبيع (١)

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشترى ملزم بتسلم المبيع فى يوم معين دون حاجة الى اعذاره بذلك . ففى هذه الحالة يعتبر المشترى معذرا بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم تطبيقا للقواعد العامة ، فاذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشترى ولو لم يكن قد تسلمه فعلا .

٣٢٠ — هلاك المبيع فى يد البائع وهو حابس له : وهناك حالة أخرى تهلك فيها المبيع على المشترى قبل التسليم ، وهى حالة ما اذا كان البائع قد حبس المبيع فى يده لعدم استيفاء الثمن ، وسنرى أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فاذا حبس البائع المبيع وأعذر المشترى أو أخطره بهذا الحبس (٢) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشترى بالرغم من عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع الى خطأ المشترى فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك الى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدنى على هذا الحكم صراحة اذ تقول : « واذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ،

---

(١) والمفروض ان الاعذار الذى ينقل تبعة الهلاك الى المشترى هو الذى يتم عندما يكون التزام المشترى بتسليم المبيع حالا ، فاذا اعذر البائع المشترى ليتسلم قبل الاجل المشروط لمصلحة المشترى لم يترتب على هذا الاعذار نقل تبعة الهلاك (الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥) .

(٢) أما اذا لم يتبين فى وضوح باعذار أو اخطار او نحو ذلك ان البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، بل سكت البائع عن مطالبة المشترى بالثمن وسكت المشترى عن مطالبة البائع بالمبيع ، فتراخى تنفيذ العقد على هذا النحو دون ان يظهر البائع دينه فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، ثم هلك المبيع فى خلال ذلك ، فان الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع ولا يجوز لهذا أن يدعى انه حابسا للمبيع (انظر فى هذا المعنى الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١).
وسنعود الى هذه المسألة فيما يلى (٢) .

٢ — تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن » (٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق ٢٨٩/٣٧٢ (٤) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٧ — وفى

---

(١) كذلك يهلك المبيع على المشترى اذا اتفق المتبايعان على ان يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، او وضع المشترى يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون اذن البائع وهلك المبيع فى يده ، وقد سبقت الاشارة الى هاتين الحالتين أما ما جاء فى المادة ٩٤ تجارى من ان البضائع التى تخرج من مخزن البائع او المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها فليس باستثناء حقيقى من القاعدة التى تقضى بان الهلاك على البائع قبل التسليم، فقد قدمنا ان الملكية هنا تنتقل بالافراز ، وهو لا يتم الا عند التسليم اما فى محطة الشحن او فى محطة التفريغ ، فاذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلان الملكية هى نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٢ من المشرع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وقد اقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ — ٧٩) .

(٤) التقنين الملغى السابق م ٢٩٨/٣٧٢ : اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء ، كان المشترى مخيرا بين الفسخ وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، الا اذا سبق منه رهنه .

(ويختلف هذا الحكم ما ورد فى التقنين المدنى الجديد ، فان المشترى =

التقنين المدنى العراقى المادة ١/٥٤٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل له — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٧٩ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٠٢ / ٢ (١) .

٣٣٢ — الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشترى : وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدنى السالفة الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكا جزئيا أو نقص قيمته انما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، واذا كان النص لا يصرح بذلك فانه مستخلص من سياق

= فى التقنين السابق لا يملك انقاص الثمن ، فاما ان يفسخ واما أن يستبقى المبيع بكل الثمن . فاذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشترى المبيع ، فانه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه الا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذى يحمل تبعة الهلاك الجزئى قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد ، فجعل للمشترى حق انقاص الثمن اذا لم يطلب الفسخ : انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ — فاذا أبرم بيع قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه احكام التقنين السابق ، واذا أبرم بيع بعد ذلك سرت عليه احكام التقنين الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠٦ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدنى المصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٧ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٥٤٧ .. واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن ، (وتتفق هذه الاحكام مع احكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ، ولكن احكام التقنين المصرى تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الاخذ بها فى لبنان دون نص .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٧٩ : اذا هلك المبيع فى جزء منه او لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبى لا يد لاحد المتعاقدين فيه ، كان للمشترى الحق فى انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك او التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما ابرمه ، كان له فسخ البيع وذلك كله اذا كان الهلاك او التلف حاصلا قبل اعذار المشترى لتسلم المبيع .

(ويتفق حكم هذا النص مع مثيله الوارد بالتقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٢/٥٠٢ : واذا وقع الاتلاف على بعض المبيع كان للمشترى الخيار بين الامور التالية : (أ) فسخ البيع (ب) أخذ الباقى =

النصوص . أما اذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعا الى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولا عن ذلك بطبيعة الحال بل يكون مسئولا أيضا عن التعويض . وان كان راجعا الى فعل المشترى ، كان هذا هو المسئول، وعليه أن يدفع الثمن كاملا للبائع . وقد سبق بيان ذلك فى الهلاك الكلى (١) .

٣٢٣ — الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائى : فنقتصر هنا أيضا على حالة ما اذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى . وتكون تبعة هذا الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فاذا لم يقم به البائع كان مسئولا ، حتى لو رجع ذلك الى قوة قاهرة أو حادث فجائى فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى .

وينبنى على ذلك أن المشترى ، فى حالة الهلاك الجزئى (٢) أو نقص

= بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف . (ج) امضاء العقد فى المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما اتلف .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى والقواعد العامة ، مع ملاحظة أن التقنين الاردنى لم يشترط النقص الجسيم عند اختيار فسخ البيع) .

(١) وسبق أن قررنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على المادة ٥٨٣ وقد حذفت ، وهى تتناول كلا من الهلاك الكلى والجزئى أو نقص القيمة ، اذا كان ذلك راجعا الى فعل البائع أو الى فعل المشترى (انظر آنفا فقرة ٣١٧ — وانظر التقنين المدنى العراقى م ٢/٥٤٧ آنفا فقرة ٣١٥ فى الهامش ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٥ — ٤١٦ آنفا فقرة ٣١٧ فى الهامش) .

(٢) ويعتبر هلاكا جزئيا أن يكون المبيع ارضا عليه بناء فيتهدم البناء ، فيكون المشترى مخيرا بين الفسخ وانقاص الثمن . وكان التقنين المدنى السابق كما قدمنا يجيز الفسخ دون انقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض فى عهد هذا التقنين بأنه اذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء ، ثم هلك البناء =

القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو انقاص الثمن بما يتناسب مع ماهلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق فى التعـويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى • ولكن اذا كـان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدرا بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشترى حق الفسخ ، وانما يكون له حق انقاص الثمن فقط (١) •

ويلاحظ أنه يمتنع على المشترى الفسخ ، حتى لو كـان الهلاك أو النقص وصل الى هذا القدر من الجسامة ، اذا كان قد رتب للغير حسن النية حقا عينيا على المبيع ،فلايملك المشترى عندئذ الا انقاص الثمن (٢)•

٣٢٤ ـ الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بعد اعذار المشترى أو بعد حبس المبيع : وغنى عن البيان أن البائع اذا أعذر المشترى لتسلم المبيع ، أو حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة اذا طرا بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشترى تبعته (٣) ، كما يتحملها فى الهلاك الكلى ، للأسباب عينها •

= لاى سبب ، فان البيع لا ينفسخ ، ولكن يكون للمشـترى الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسـجيل الجـديد الا التزامات شخصية (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهدام البناء وبقاء الارض لا يعتبر هلاكا كليا بل هو هلاك جزئى ، فلا ينفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢/٣٨ ص ٩٦) .

(١) فاذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشترى ، وكان قد بلغ قدرا من الجسامة بحيث لو علم به المشترى لما أبرم البيع ، كان هذا غلطا جوهريا يجعل البيع قابلا للابطال .

(٢) المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى مجمـوعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - **خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق** : اذا قلنا أن ضمان البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكيــة المبيــع الى المشترى ، لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما اذا لم يكن هنــاك تزيد فى بعض هذه النصوص • ذلك أنه مادام البائع ملزما بنقل ملكية المبيع الى المشترى ملكية كاملة ، فهو اذا لم يكن مالكا - وهــذا هــو موضــع الاستحقاق الكلى كان المبيع بيع ملك الغير (١) ، وكان للمشترى دعوى الابطال • واذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئى - فان الملكية التى تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشترى كاملة ، ومن ثم جاز للمشترى طلب فسخ البيع مع التعويض اذا كان له مبرر •

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشترى فى الحالتين المتقدمتى الذكر دعوى ضمان ، وهى غير دعوى الابطال وغير دعوى الفسخ • هى غير دعوى الابطال ، اذ الضمان فيها لا يقوم الا اذا وقع فعلا تعرض مــن المالك الحقيقى للمشترى ، أما دعوى الابطال فيستطيع المشترى رفعهــا قبل وقوع هذا التعرض • هذا الى أن دعوى الضمان تتقــادم بخمس عشرة سنة ، وتتقادم دعوى الابطال عادة بثلاث سنوات • ودعــوى الضمان غير دعوى الفسخ ، اذ دعوى الضمان سببها قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولت النصوص تقديره تقديرا تفصيليا فهو غير متروك لتقدير القاضى واذا كانت تتقادم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسرى

---

(١) نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٣ ص ١٣٣ •

من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتفترض فسـخ عقد البيع لا قيام هذا العقد والتعويض فيها متروك لتقدير القـاضى ولم تتعرض لتقديره النصوص ، واذا كانت تتقادم هى الأخـرى بخمس عشرة سنة فان هذه المدة تسرى من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

— يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هى دعوى مستقلة عن كل من دعوى الابطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مـدنى ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلا عند استحقاق كل المبيع بنـاء على دعوى الضمان ، ثم أشار الى استقلال هذه الدعوى عن الدعويين الأخريين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسـخ البيع أو ابطاله » .

والسبب فى خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التى تستمد مباشرة من القواعد العامة ، وتتفرع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، يرجع الى اعتبارات تاريخية تمت الى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . فقد كان البيع ، فى العهد الأول للقانون الرومانى ، عبارة عن نقل ملكية المبيع الى المشترى عن طـريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالاشهاد mancipatio وكان لايترتب على هذه العملية أى التزام شخصى فى ذمة البائع ، فهى مقصورة على نقل الملكية الى المشترى . واذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق فى يد المشترى ، فقد كان هذا يرجع على البـائع بدعـوى جنائيـة actio auctoritatis يتقاضى بموجبها ضعف الثمن الذى دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام فى ذمة البائع . أما اذا انتقلت ملكيـة المبيع بالتسليم traditio ، فقد كان المشترى يشترط على البائع بعقد لفظى stipulatio مستقل عن عملية نقل الملكية تعويضا فيما اذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع فى القانون الرومانى عقدا رضائيـا يرتب التزامات فى ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع الى المشترى حيازة هادئة . وكذلك

كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، فقد قدمنا أن البائع كان يلتزم فى العهود الأولى بنقل الحيازة لا بنقل الملكيه . وقد تلقى التقنين المدنى الفرنسى هذه التقاليد عن القانون الرومـانى وعن القـانون الفرنسى القديم : ضمان تعرض واستحقاق لايرتبط بنقل الملكية وانما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم الا اذا وقع تعرض يعكر من هدوء هذه الحيازة ،لا مجرد اخلال بالتزام نقل الملكيه ، واذا قام فله قواعده الخاصـة التى يستقل بها عن الدعاوى المتفرعة عن الالتزام بنقل الملكية — كـدعوى الفسخ ودعوى الابطال — لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعويض (١) .

وهناك خصوصية أخرى فى تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقـوق الارتفاق . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يضمن للمشترى خلو المبيع من حقوق ارتفـاق عليه ، لا بموجب دعـوى العقـد اللفظى actio ex stipulatio ولا بموجب دعوى البيع ذاتها actio empti ويرجع ذلك الى أن التنظيم الاقتصادى للملكيه العقاريه عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشترى يتوقع دائما ان يكون على المبيع حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفا أن يكاشف المشترى بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فاذا أراد المشترى أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع فى ذلك شرطا خاصا فى عقد البيع vendu ut optimus maximus . أما القانون الفرنسى القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ،فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المـدنى الفرنسى (م ١٦٢٦)بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكـاليف المترتبة على المبيع اذا لم يعلن المشترى بها ، تمشيا مع تقاليد القـانون الرومانى . وانحرف فى الوقت ذاته عن تقاليد الفرنسى القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لاضمان عيب خفى ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو فى البيوع القضائية وكان لا يقوم لو

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٣ — بودرى وسينيا فقرة ٣٤٩ مكررة — بيدان ١١ فقرة ١٨٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وفقرة ٩٥ .

انه ضمان عيب خفى ، وأن يدفع البائع تعويضا بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضا الا اذا كان سيء النية لو أنه ضمان عيب خفى (١) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهرا فى دعوى ضمان التعرض والاستحقاق فى التقنين المدنى الفرنسى ، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات التى تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والابطال المتفرعة عن التزام البائع بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات الى التقنين المدنى المصرى ، اذ أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدنى الفرنسى ، ولكنه اشار الى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئى م ٤٤٤ مدنى) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو اعلان البائع اياه للمشترى شرطا ضمنيا لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدنى) .

وليست التقنينات اللاتينية هى وحدها التى تحمل طابع التقاليد فى ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضا - وان كان بدرجة أقل - التقنينات الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢ و م ١٩٧) متشبع بهذه التقاليد . أما التقنين المدنى الألمانى (م ٤٣٤ وم ٤٤٠) فقد تحرر منها فى العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكتفى باحتمال وقوعه ، ولكنه فى المنقول بقى متأثرا بالتقاليد اذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولونى (م ٣٠٦ وم ٣١١ وم ٣٣٦) من هذه التقاليد ، الى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماه ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماه ضمان العيوب المادية،وأرجع الضمانين الى أصل واحد، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه فى كل من العقار والمنقول (٢) .

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ - بودرى وسينيا فقرة ٣٩١ .
(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ - ص ٥٩٩ .

٣٢٦ — شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقد ناقل للملكية ، بل والى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لا سيما اذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود فى عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والايجار وغيرها ، وموجود الى مدى أضيق فى التبرعات كالهبة . ذلك أن من يكون ملتزما بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل الى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أى شخص آخر . فاذا كان العقد معاوضة برز هذا الضمان فى صورة أوضح ، اذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابلا فيجب أن يخلص له الشيء الذى دفع فيه المقابل .

فضمان التعرض والاستحقاق، كضمان العيوب الخفية وكالتسليم، كان من الممكن جعله نظرية عامة فى العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الألمانى . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذى يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصا لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات — والى هذا انتهى أيضا التقنين المدنى الألمانى نفسه فى صورته النهائية — على ادماج هذا الضمان فى عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات القواعد التى أدمجت فى عقد البيع هى القواعد العامة فى هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك فى غير البيع من العقود الى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا النهج سار التقنين المدنى المصرى ، فقد أشار فى خصوص عقد الشركة الى هذه القواعد العامة المندرجة فى عقد البيع (م ٥١١/١ مدنى) ، وكذلك فى خصوص عدة القرض (م ٥٤٠ مدنى) ، وأفاض فى بسط هذه القواعد فى خصوص عقد الايجار (م ٥٧١ — ٥٧٥ مدنى) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان فى عقد الهبة (م ٤٩٤ مدنى) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة وكذلك فعل فى عقد العارية (م ٦٣٨/١ مدنى) .

٣٢٧ — التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير : وفى ضمان التعرض والاستحقاق فى عقد البيع ، يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، اذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ — مسائل ثلاث : نبحث فى ضمان البائع للتعرض الصادر منه مسائل ثلاثا : (ا) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (جـ) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

٣٢٩ — (ا) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع — نصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٠٠/٣٧٤ و ٣١٠/٣٨٤ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالعبارة الاتية : « ويثبت التزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه فى العقد » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم الحاجة اليها ، واقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٠ وص ٨٢ — ص ٨٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٠٠/٣٧٤ : من باع شيئا ضامنا =

= للمشترى الانتفاع به بدون معارضـــــه من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضـــامنا اذا كان الحق العينى للاخر ناشـــئا عن فعله بعد تاريخ العقد · ووجوب الضـــمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد ·

م ٣١٠/٣٨٤ : نزع ملكية جزء معين من المبيع او شائع فيه يعتبر قانونا كنزع ملكيته كله . وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقـــد ، ولم يحصل الاعلام به أو لم يكن ظاهرا وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها. هذا اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته او حق الارتفاق بحالة لو علمها المشـــترى لامتنع من الشراء .

ولايوجد فرق فى الاحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة امرين ذكرتهما المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (أ) تجنب التقنين الجديد عيبا وقع فيه التقنين الحالى (الســـابق) فى المادة ٣٠٠/٣٧٤ ، اذ قررت هذه المادة ان البائع يضمن للمشترى وجود حق عينى على المبيـــع لشخص آخر وقت البيع . وينبنى على ذلك الا ضمان اذا ظهر ان العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لان ضمان البائع لا يشمل الا الحقوق العينية . وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ — و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٦) وعيب هذا الحكم ان العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الاجرة قد قبضت مقدما ، ويكون كل هذا نافذا فى حق المشترى طبقا لاحكام القانون ، فلا يستطيع ان يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . لذلك لم يشـــترط المشروع أن يكون للغير حق عينى على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو ان يكون له حق عـــــلى المبيع يحتج به على المشترى ، فيدخل فى ذلك حق المســـتأجر فى الغـــرض المشار اليه (ب) وضع (التقنين الجديد) الحكم القاضى بعدم ضمان حقوق الارتفاق اذا حصل الاعلان بها او كانت ظاهرة فى مكانه الطبيعى عند الكلام فى الارتفاق على تعديل الضمان ، لا عند الكلام فى حكم الاستحقاق الجـــزئى كما فعل التقنين الحالى (السابق) : م٣١٠/٣٨٤ . (والتقنين الجديد) فيما عدا ذلك كالتقنين الحالى (السابق) يجعل البائع ضامنا للتعرض اذا لـــم تصل منازعة الغير للمشترى فى المبيع الى نزعة من يده ، وضامنا للاستحقاق اذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين فعل البائع وفعل الغير ، فالبائع يضمن فعله مطلقا ، ويعتبر تعرضا منه ان يخول للغير على المبيع حقا يحتج به على المشترى . اما الغير ، فاذا كان تعرضه ماديا أى غير مبنى على سبب قانونى فلا شأن للبائع فى ذلك ، وعلى المشترى أن يدفع هـــــذا التعرض بما وضعه القانون فى يده من وســـائل . واذا كان تعرضه مبنيا على سبب قانونى ، فان كان هذا السبب موجودا وقت البيع أو بعـــد البيع ولكن بفعـــل البائع وجب الضـــمان ، والا فلا يجب . ويلاحظ ان (التقنين الجديد) كالتقنين الحالى (السابق) ايضا فى ان الضمان لا يجب على البائع الا اذا حصل التعرض فعلا من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم : نقض ٢٧ ابريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١ · اما =

ويقابل فى التنينات المـدنية العربية الآخـرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٤٠٧ — وفى التقنين المـدنى الليبى المـادة ٤٢٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٤٩ — و فى تقنين الموجبات والعقـود اللبنانى المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ — وفى التقنين المدنى الكـويتى المـادتين ٤٨١ و ٤٨٢ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٥٠٣ (١) .

= اذا اقتصر الامر على ظهور حق للغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعـلا ، فلا ضـمان على البائع : انظر عكس ذلك التقنين البولونى م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشترى أن يطالب بفسخ البيع » مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨١ — ص ٨٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدنى المصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاسـتاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ — فقرة ١٥٤) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المـدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٩ : ١ — يضمن البائع عـدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى يدعى أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشترى.
٢ — ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه فى العقد .

(واحكام التقنين العراقى متفقة مع احكام التقنين المصرى — انظـر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ — فقرة ١٩٩ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ — فقرة ٤٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٢٨ : ان الضمان الواجب على البائع للمشترى يرمى الى غرضين : أولهما ضـمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثانى ضمان النقائص والعيوب الخفية فى المبيع .

م ٤٣١ : ان البائع ، وان اشترط عدم الزامه بضمان ما ، يبقى ملزما بضمان فعله الشخصى . وكل اتفاق مخالف يكون باطلا .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٨١ : يلتزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك .

م ٤٨٢ : يضمن البائع التعرض للمشترى فى البيع كله او بعضه من أى شخص يدعى حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشـترى ، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع اذا كان هـذا الحق قد آل اليه من البائع أو كان نتيجة لفعله .

(ويتفق حـكم التقنين المدنى الكويتى مع مـا ورد بالتقنين المـدنى المصرى) .

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير فى وقت واحد • ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا التعرض يقوم اذا صدر تعرض من البائع للمشترى بعد ابرام عقد البيع • فنبحث اذن : ١ ــ أعمال التعرض الصادر من البائع • ٢ ــ المدين فى الالتزام بضمان التعرض وهو البائع • ٣ ــ الدائن فى هذا الالتزام وهو المشترى • ٤ ــ البيع الذى ينشىء هذا الضمان •

٣٣٠ ــ ١ ــ أعمال التعرض الصادر من البائع : لقيام ضمان التعرض ، يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كليا أو جزئيا ، دون انتفاع المشترى بملكية المبيع (١) • فيجب اذن توافر شرطين :

(أولا) وقوع التعرض فعلا ، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفى (٢) • فاذا هدد البائع المشترى بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض مادام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل (٣) • واذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية وبادر المشترى الثانى الى التسجيل قبل المشترى الأول ، فانتقلت الملكية اليه هو دون

= التقنين المدنى الأردنى م ٥٠٣ : ١ ــ يضمن البائع سلامة المبيع من اى حق للغير يعترض المشرى اذ كان سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع . ٢ ــ ويضمن البائع ايضا اذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع ناشىء عن فعله .

(وهذا النص يتفق فى مضمونه مع حكم التقنين المدنى المصرى) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازه المبيع والانتفاع به . فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها المشترى من دفوع او طلبات يهاجم بها اجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة ، اذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع : نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٣ ص ٣٦٦ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

المشترى الأول ، ولكن المشترى الثانى لم يتخذ أى اجراء لنزع العقار من يد المشترى الأول ، فليس للمشترى الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشىء من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى ابطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع الى المشترى الأول قد صدر من مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية اليه • ويترتب على أنه لابد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشئا لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسرى التقادم الا من وقت وقوع التعرض فعلا ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (١) •

(ثانيا) أن يكون التعرض الذى وقع فعلا عملا من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا ، دون انتفاع البائع بملكيه المبيع (٢) • ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادى trouble de fait ، أو يكون مبنيا على سبب قانونى trouble de droit (٣) •

---

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٢ •

(٢) ويضاف عادة أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٠ — قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٦) • وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) •

(٣) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ •

وقد قضت محكمة النقض بان عقد البيع عقد تبادلى ينشىء بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد اوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشترى فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا او قانونيا ، وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشترى باداء الثمن ، وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض : نقض مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٨١٠ •

كما قضت محكمة النقض بأن تراخى المشترى فى تسجيل عقد شرائه — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — لا يسقط عن البائع التزامه بالضمان ولو كان هذا التراخى قد ترتب عليه نزع ملكية العين المبيعة من =

والتعرض المبنى على سبب مادى قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع — سواء قبل البيع أو بعده — يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . ويلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانونى الصادر من البائع الى الغير يعد عملا ماديا بالنسبة الى المشترى لأنه ليس طرفا فى هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذى يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجرا لآخر ، ثم يعمد الى انشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشترى فى عملائه الأسبقين ويجتذبهم اليه بحكم العادة (١). فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشترى فى انتفاعه بالمبيع (٢) ، ولو أن أجنبيا هو الذى أنشأ المتجر المجاور فان منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت فى حدود المنافسة المألوفة بين

= تحت يد المشترى : نقض مدنى فى اول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧ ص ٢٠٥ .

وقضت محكمة النقض ايضا بانه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ان يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لان من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز ان يدعيها لنفسه : نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥ .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ — بودرى وسينيا فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٦٤ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا باع شخص لآخر محلا تجاريا بما فيه من بضائع ، وتعهد فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض انواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فقد اخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعا ، كما اخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع . وان هذا الاخلال أن هو الا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع ، فلا حاجة لان يثبت المشترى اى ضرر غير ذلك (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١) .

التجار ، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشترى بعدم التعرض (١) •
أما اذا تعرض البائع للمشترى بعمل من أعمال التعدى أو العنف ، فانه يكون مسئولا عن عمله كأى شخص آخر ارتكب عملا غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان التعرض (٢) •

ومثل القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويبادر المشترى الثانى الى التسجيل قبل المشترى الأول ، فتنتقل الملكية اليه دون المشترى الأول ، فينتزع منه العقار • فهنا يقع تعرض من جانب المشترى الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشترى الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع (٣) • وكبيع العقار مرة ثانية

---

(١) ومن امثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على اعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر ، فلا يجوز للمؤلف — ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك — ان يعيد طبع الكتاب قبل نفاذ نسخ الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٦٥ — الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) . ومن امثلته كذلك أن يبيع شخص مصنعا يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه بقى فى ملك البائع ، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يمتنع تولية الكهرباء او يقل (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥ ص ٢٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البائع يكون مسئولا اذا هو باع قطعة أرض حددها بميدان مملوك له ، ثم الغى الميدان بعد ذلك وقسمه أجزاء لبيعه ، لان فى ذلك حرمان المشترى من الانتفاع بمنظر الميدان (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠) .

(٢) بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ تقضى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله او بعضه اذا كان التعرض من فعله هو او من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ، فقد افادت — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — انه يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى هو فعل البائع : نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٤٥ ص ٩٣٣ .

بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشترى الثانى فتنتقل اليه الملكية بموجب الحيازة اذا كان حسن النية ، فهنا أيضا تعرض صادر من كل من المشترى الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلين المتقدمين صدر التصرف الثانى من البائع - وهو تعرض مبنى على سبب مادى كما قدمنا - بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده . فاذا باع شخص عقارا أو منقولا الى مشتر أول بادر الى تسجيل البيع فى العقار أو الى تسلم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه الى مشتر ثان ، فالبيع الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجيزه المشترى الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع على سبب قانونى trouble de droit فيقع اذا ادعى البائع حقا على المبيع فى مواجهة المشترى ، سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقارا ، وقبل أن يسجل المشترى البيع أى قبل أن تنتقل اليه الملكية من البائع يرفع البائع على المشترى دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار ، فهذه الدعوى يدفعها المشترى بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، اذ لا يجوز الاسترداد ان وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك كالارث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقى أو الشفعة . فيحتج على المشترى بهذا الملك الحادث بعد

---

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد افرز المبيع بموجب قسمة قابلة للابطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطلب ابطال القسمة ، لئلا يبطل البيع فيكون هذا تعرضا منه مبنيا على سبب قانونى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ هامش رقم ٥ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

كما قضت محكمة النقض بانه ليس لورثة البائع دفع دعوى المشترى ، بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع ، بالتقادم استنادا الى عدم تسجيل عقد البيع أو =

البيع ، ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه . فعند ذلك يجوز للمشترى أن يدفع دعوى البائع بالتزامه ضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون فى هذه الحالة عمد الى طريق أقصر ، اذ جعل الملكية فى مثل هذا البيع — وهو بيع ملك الغير تنتقل الى المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدنى).

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الارث والوصية والعقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور فى حالتنا هذه اذ الاستيلاء يفترض أن الشىء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شىء غير مباح اذ سبق للبائع بيعه. وكذلك الالتصاق لايرد من الناحية العملية ، اذ يصعب افتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشترى بناء بهذه المواد على أرض البائع فملكها البائع بالالتصاق ، ولو تحقق هذا الفرض فعلا فلا نرى مانعا من أن يحتج البائع فى مواجهة المشترى بانه تملكمواد البناء

= الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، ذلك ان البائع يلتزم قانونا بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع او منازعته . وهذا الالتزام ابدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد الا اذا توافرت لديهم او لدى مورثهم من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية : نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ مرة ٣٩٨ .

وقد قضت محكمة النقض بان من المقرر — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ان من احكام البيع المنصوص عليها فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى ، التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع او منازعته فيه ، وهو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر ، فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشترى لان من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وبالتالى يمتنع على البائع دفع دعوى المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم استنادا الى مضى اكثر من خمس عشرة سنة على عدم تسجيل العقد او الحكم بصحته ، لان ذلك من قبيل المنازعات التى يمتنع على البائع ابداؤها كاثر من آثار التزامه بالضمان الا اذا توافرت لديه بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية : نقض مدنى فى ١٠ يونية سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٢٦٩ لسنة قضائية ، لم ينشر بعد .

بالالتصاق ويلتزم بدفع احدى القيم المنصوص عليها فى المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى الى المشترى تبعا لما اذا كان هذا سيىء النية أو حسن النية .

بقى من أسباب الملك التقادم ، وهذا ماننتقل الآن اليه .

٣٣١ — تملك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عينا لا يملكها ولكنه كان حائزا لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثانى أن البائع باع عينا مملوكة له ولم يسلمها للمشترى بل بقى حائزا لها حتى ملكها بالتقادم .

ففى الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، اذ البائع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فان الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧مدنى تنطبق فى هذه الحالة ، وقد آلت ملكية البيع الى البائع بعد صدور العقد ، فينقلب بيع ملك الغير صحيحا وتنتقل الملكية من البائع الى المشترى بمجرد أن يتملك البائع العين بالتقادم . ويستوى فى ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزا للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها وتبقى فى يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فتنتقل اليه الملكية بالتقادم وتنتقل فى الحال الى المشترى .ومثل التملك بالتقادم القصيران يكون البائع قد اشترى من غير المالك وهو حسن النية وبقى واضعا يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشترى مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنتقل منه الملكية الى المشترى .

أما فى الفرض الثانى فان البائع قد باع عينا يملكها ، وسواء انتقلت الملكية الى المشترى أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقارا ولم يسجل المشترى البيع ، فان البائع ملتزم بضمان التعرض . فاذا هو امتنع من تسليم العين للمشترى ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك مغتصبا لها ، فانه يكون متعرضا للمشترى منذ أول عمل مادى من

أعمال وضع اليد التى تدل على نية التملك،ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان. ولكن اذا انقضت خمس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشترى التقادم ، تم أمران : (أولا) سقطت دعوى المشترى فى ضمان التعرض بالتقادم المسقط . (ثانيا) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولايستطيع المشترى أن يحتج عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم ونرى من ذلك أن البائع يستطيع أن يتملك المبيع على المشترى بالتقادم اذا بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع الى وجوب استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يتملك السبب حتى لو كان بائعا (١) للشىء الذى يتملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذى قضت به محكمة النقض اذ تقول : «متى كان الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونيةقاطعة توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، كان القول بأن تمسك البائع

---

(١) فلا مسئولية على البائع مادام يرتكن فى عمله الى حق مقرر فى القانون ، فله مثلا ان ينفذ على المبيع بدين له فى ذمة المشترى ، وله ان يأخذ المبيع بالشفعة اذا باعه المشترى الى اجنبى فيكون له كذلك ان يتملك المبيع بالتقادم (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٢٤ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٠ — ص ٢٣٢ — الاستاذ عبد المنعم البداروى فقرة ٢٩١ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ — ص ١٥٤ .

واذا كان المبيع عقارا ولم يسجل المشترى عقد البيع ، فاستبقى البائع الملكية مع الحيازة خمس عشرة سنة ، فانه يبقى مالكا كما كان دون حاجة الى التمسك بالتقادم المكسب ، ولو فرض أن المشترى سجل البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فان البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، اذ يعتبر أنه قد وضع يده على عقار غير مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الاثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين على الرأى الذى نقول به . بقى أن يسجل المشترى عقد البيع بعد مضى مدة من صدوره ولكن قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ففى هذه الحالة يصبح المشترى مالكا للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة الى البائع بفضل الأثر الرجعى للتسجيل ، فاذا أكمل البائع مدة التقادم كان واضعا يده على ملك غيره منذ البيع ، فيملكه بالتقادم .

باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه فى المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته الى المشترى يعتبر من جانبه تعرضا لايتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا ــ كان هذا القول مخالفا للقانون • » (١) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٢) الى عكس هذا الرأى ، وقضت بأن البائع لا يستطيع فى هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشترى • لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدى لا يسقط بالتقادم (٣) • ومن اليسير الرد على هذه الحجة ، فانه اذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاما

---

(١) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ ــ ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ ــ وانظر أيضا : استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ ــ ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ ــ أول يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ •

وقد سلمت محكمة النقض فى حكم آخر بجواز التمسك بالتقادم المكسب دون التقادم المسقط ، فقضت بأن من أحكام عقد البيع الزام البائع بضمان عدم منازعة المشترى فى المبيع ، فيمتنع عليه أبدا التعرض للمشترى ، وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم أبدا التعرض للمشترى فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، الا اذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الارض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة • ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على المطعون عليهم بمقتضى الزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استنادا الى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) • ونرى انه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط اذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلا • فاذا رفع المشترى ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط ، بصرف النظر عما اذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه (انظر فى هذا المعنى الاستاذ اسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ١١٥ ــ ص ١١٦) •

(٢) نقض فرنسى ١٣ مايو ٩١٢ داللوز ١٩١٣ ــ ١ ــ ١٤٣ •

(٣) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ ــ بيدان ١١ فقرة ٢٠١ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٤ •

أبديا ، الا أنه متى وقع منه تعرض فعلا فقد تحقق الضمان ، وكان للمشترى دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلا (١) .

٣٣٢ ـ ٢ ـ المدين فى الالتزام بضمان التعرض وهو البائع ـ عدم قابلية الالتزام للانقسام : الملزم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان (٢) . ولا ينتقل هذا الالتزام الى الخلف العام ، لأن الالتزام فى القانون المصرى لا ينتقل من المورث الى الوراث ، بل يبقى فى التركة . فاذا باع شخص عينا مملوكة لوارثه ثم مات ، فان الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشترى ، ولا يجوز للمشترى أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثة عن مورثه ، فان الالتزام لم ينتقل اليه (٣) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى فى التركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشترى على التركة بالتعويض ولا يأخذ الوارث من التركة شيئا قبل استنزال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان الى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقارا ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له الى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشترى البيع ، فان المشترى لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو

---

(١) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٢) وفى البيع الجبرى يعتبر المدين بائعا ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له ان يتعرض للراسى عليه المزاد بنفسه تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا ، كان يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التمليك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٣) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩٣ ـ الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٠ هامش ٢ ـ الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ ص ١٥٦ ـ ص ١٥٧ ـ وقارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ وفقرة ٢٢٦ ـ الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ ـ الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ .

ليستبقيه اذا استرده الموصى له ، لان الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى الى الموصى له ، بل يبقى فى التركة . وللمشترى ان يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم فى رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار الا اذا كان الباقى من اموال التركة يفى بالتعويض ويبقى من هذا الباقى مالا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استنزال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان البائع الى دائنه ، فلو باع شخص عقارا مملوكا له ، وقبل ان يسجل المشترى البيع بادر دائن البائع الى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن ان يستمر فى التنفيذ ولا يحتج عليه المشترى بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه ، فان هذا الالتزام لا يتعدى اليه كما قدمنا .

والتزام البائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشترى فى ملكيته وانتفاعه بالمبيع ، فهو اذن التزام غير قابل للانقسام indivisible حتى لو كان المبيع ذاته قابلا لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بذمة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعددين ، بل يكون كل منهم مدينا بالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان دارا على الشيوع ، وباعاها معا ، التزم كل منهما نحو المشترى بضمان التعرض الصادر منه فى كل الدار وليس فى النصيب الذى باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذى يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئا ، فان الشخص الأول يبقى ملتزما بعدم التعرض فى كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشترى النصيب الشائع الذى لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشترى أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى فى هذه الحالة للشخص الأول الا أن يرجع على الشخص الآخر الذى ظهر أنه لايملك شيئا فى الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا دارا فباعاها معا ، ثم ظهر أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئا من المشترى ، اذ هو ضامن

لتعرضه فى كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقه فى فرنسا (١) ، وسار عليه الفقه فى مصر (٢) .

٣٣٣ — ٣ — الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع: الدائن فى هذا الالتزام هو فى الأصل المشترى ، فهو الذى يقع عليه التعرض عادة . وينتقل هذا الحق الى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث الى الوارث ، فلو أن شخصا اشترى دارا ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث فى الدار ، كان للوارث أن يحتج عليه بالتزامه بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضا الى الخلف الخاص فى العين المبيعة ، فلو أن شخصا باع دارا ،وباع المشترى الدار لمشتر ثان ، كان البائع ملزما بعدم التعرض لا للمشترى الأول فحسب ، بل أيضا للمشترى الثانى وهو الخلف

---

(١) نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرية ١٥ — ١ — ٢٣١ — ١١ اغسطس سنة ١٨٣٠ سيرية ٣٠ — ١ — ٣٩٥ — نقض بلجيكى ٥ يونية سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ — ٢ — ٢٠٩ وباسيكريزى ٥٦ ١ — ٣٠٨ — جيوار ١ فقرة ٣٤٣ فقرة ٣٤٤ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٨ و ١٢ — اوران ٢٤ فقرة ٢١٥ — بودرى وسينيا فقرة ٣٦٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣ — ويعترض بولانجيه على هذا الحكم ، ويميل الى التمييز ما بين التعرض المبنى على سبب مادى وهذا غير قابل للانقسام المبنى على سبب قانونى وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥١٦ — انظر أيضا جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

وكان الحكم فى القانون الفرنسى القديم غير ذلك ، اذ كان الالتزام ينقسم ، فان استرد البائع الاول النصيب الذى يبيعه فى الدار ، جاز للمشترى أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . ويسترد المشترى من البائع الاول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الاول على البائع الثانى بما دفعه عنه (بوتييه فى البيع ١٧٣) .

(٢) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢١٤ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٦ ص ٢٣٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩٣ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ — فقرة ٣٤٨ . وقارن الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

الخاص للمشترى الأول فى الدار المبيعة • وللمشترى الثانى أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هى دعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول وقد انتقلت الى المشترى الثانى (١) •

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للتعرض • فلو أن شخصا باع عينا غير مملوكة له ثم ملكها ، فانه لا يستطيع أن يستردها من المشترى كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشترى من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام •

٣٣٤ — ٤ — البيع الذى ينشىء الضمان : وكل بيع ينشىء الضمان، فيتولد منه التزام فى ذمة البائع بعدم التعرض للمشترى • يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (٢) ، ويستوى فى ذلك أيضا بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعا قضائيا أو اداريا •

فاذا باع شخص عقارا ، ثم باعه مرة أخرى الى مشتر ثان ، وبادر المشترى الثانى الى التسجيل قبل المشترى الأول ، فان البائع يكون ملتزما بضمان التعرض نحو المشترى الأول ولو أن البيع الصادر لهذا

---

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص موهوبا له فانه يكون دائنا بضمان التعرض لمن باع للواهب ، وله أيضا دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التى يستطيع رفعها باسم الواهب (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بان يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، اما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لان التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع الا اذا توافرت لديهم او لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية : نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢١ ص ١٢٨ ، ونقض مدنى فى ١٦ ابريل سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ١٠٥ ص ٦٥٨ •

المشترى غير مسجل • وكذلك يكون البائع ملتزما بضمان التعرض اذا صدر هذا التعرض من دائنه فى بيع غير مسجل • فاذا باع شخص عقارا ، ولم يسجل المشترى البيع فبقى مملوكا للبائع ، وبادر دائن البائع الى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر فى التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزما بالضمان نحو المشترى ولو أن البيع لم يسجل (١) •

وضمان التعرض واجب فى بيع المزاد وجوبه فى بيع المساومة ، ويستوى كما قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائيا أو اداريا أو اختياريا وسنرى أن ضمان العيوب الخفية لا يجب فى البيوع الجبرية ، قضائية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشترى عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . واذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشترى لم يكن الا نتيجة اهماله فى تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩) .

وضمان التعرض فى ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانات واجبان حتى فى بيع غير مسجل . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى فى بيع غير مسجل ، كما اذ باع البائع العقار مرة اخرى قبل ان يسجل المشترى الاول ، وكما اذا نفذ الدائن الشخصى للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

وقد قضت محكمة النقض بان للبائع بعقد لم يشهر ، الحق فى طلب تثبيت ملكيته الى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه ، عدا المشترى الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا : نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧٧٦ .

كما قضت محكمة النقض بان مقتضى تمسك المشترى فى دعواه ـ صحة ونفاذ عقد البيع ـ بقيام العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره طوال نظر الدعوى أمام درجتى التقاضى ، انه قد تمسك بجميع الآثار القانونية الناشئة عن هذا العقد ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام لا يسقط عنه وعن ورثته ابدا : نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢١ ص ١٢٨ .

كانت أو ادارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدنى على انه « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ، ولا فى البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد » . ولكن ضمان التعرض واجب فى كل هذه البيوع . فاذا باع الدائنون على المدين ماله فى المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع كما هو الأمر فى كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزما بعدم التعرض المشترى الذى رسا عليه المزاد (١) .

٣٣٥ — (ب) مايترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع: التزام البائع بعدم التعرض للمشترى التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشترى فى أى وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم (٢) . فاذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشترى ، تولد عن الالتزام الأصلى بعدم التعرض التزام جزائى بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائى هو الذى يسقط بالتقادم ، فاذا لم يطالب به المشترى فى خلال خمس

---

(١) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان عدم التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشترى قبل الاخذ بالشفعة . ويجوز ايضا لمسترد حصة شائعة فى منقول باعها احد الشركاء لأجنبى (م ٨٣٣ مدنى) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه — وفقا للمادتين ٢٦١ و ٣٠٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٤٣٩ من القانون القائم — التزام ابدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لان من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع الا اذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . ومن ثم فان دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشترى وبسقوط حقوق الاخير ، والمتولده عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع =

عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قدمنا . ولا يستطيع المشترى بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائى هو الذى يترتب على قيام ضمان التعرض. وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التى يقوم فيها ضمان التعرض . فاذا كان تعرض البائع للمشترى قائما على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشترى فى المتجر المبيع ، وجب على البائع تعويض المشترى عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب فى الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذى أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالى عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن اقفال المتجر (١) .

واذا كان تعرض البائع قائما على تصرف قانونى صادر منه ، بأن باع مثلا العقار مرة أخرى لمشتر ثان وسبق المشترى الثانى المشترى الأول الى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشترى الثانى على المشترى

= انما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانونا بمقتضى التزام مورثه بالضمان : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن من احكام البيع المقررة فى المادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون القائم التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهذا الالتزام ابدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع على البائع ابدا التعرض للمشترى لان من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع الا اذا توافرت لديهم او لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية ، ولما كان الدفع من الورثة بسقوط حق المشترى بالتقادم بقعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على ورثة البائع ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بقبول هذا الدفع يكون مخالفا للقانون : نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢١ ص ١٢٨ .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩١ ص ٩٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٨ .

الأول ، ويرجع المشترى الأول فى هذه الحالة بالتعويض على البائع اما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، واما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

واذا كان تعرض البائع قائما على أنه يدعى لنفسه حقا على المبيع، بأن كان مثلا قد باع عينا غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هى أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشترى ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين . لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل ان البائع ، لو لم يتملك المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب ابطال البيع الصادر منه للمشترى لأن فى طلب ابطال البيع ضربا من التعرض للمشترى والبائع ملزم بعدم التعرض (١) .

وفى أحكام بيع ملك الغير ما يتفق مع ما قدمناه من الأحكام . فالبائع اذا باع عينا غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحا وانتقلت الملكية الى المشترى من البائع . وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع فى هذه الحالة أن يسترد المبيع من المشترى اذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع أن يطالب بابطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك الغير للابطال انما

---

(١) وقد أورد كولان وكابيتان مثلا للتعرض الصادر من البائع ان يطالب بابطال بيع صدر منه فى عين غير مملوكة له ، فيعد هذا تعرضا منه للمشترى ولا تقبل دعواه (كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بان عقد البيع سواء كان مسجلا او غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لان التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى ستنتقل من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع الا اذا توافرت لديهم او لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المده الطويلة المكسبة للملكية : نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٠٥ ص ٦٥٨ .

تقررت لصالح المشترى لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع طلب ابطال البيع اذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان (١).

٣٣٦ - (جـ) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق بغير ذلك » (٢) .

ويعرض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاثه فى الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض ، وهى حالة الاتفاق على اسقاط الضمان(٣). ويوجد الى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على انقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلتزم ، اذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشترى فى ملكيته للمبيع وفى انتفاعه به الانتفاع المألوف . فاذا أراد المشترى الانتفاع بالمبيع انتفاعا خاصا يقضى ألا يقوم البائع

---

(١) وقد يقوم تعرض البائع على تقدمه بطعن فى سند ملكيته للمبيع ، فاذا قبل هذا الطعن تأثر حق المشترى . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه فى الشيوع ، وباع حصته التى افرزتها هذه القسمة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن فى القسمة بالابطال ، لان هذا الطعن من شأنه ان يؤثر فى حق المشترى للحصة المفرزة ، فيعتبر الطعن تعرضا منه للمشترى ، ومن ثم لايسرى فى حق هذا المشترى . (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥ هامش ٢) .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الاخرى ما يلى فقرة ٣٥٥ — ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنين المدنى الجديد وبين التقنين المدنى السابق والتقنينات المدنية العربية الاخرى .

(٣) والمقصود بعبارة « عدم الضمان » الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ٤٤٦ مدنى هو اسقاط الضمان لا انقاصه (أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الهامش وفقرة ٣٥٩ فى الهامش) .

بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فاذا كان المبيع متجرا لسلعة معينة ، ويريد المشترى أن يضيف الى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشىء الى جانبه متجرا تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشترى هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (١) .

وكذلك الاتفاق على انقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط بائع المتجر على المشترى عدم منعه من انشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يتعامل فيها المتجر المبيع ، ففى هذا الاتفاق انقاص من ضمان البائع للتعرض (٢) .

ولكن الاتفاق على اسقاط الضمان الناشىء عن فعل البائع اسقاطا تاما غير جائز ، ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلا . ففى المثل المتقدم لايجوز للبائع أن ينشىء متجرا ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان . كذلك اذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشترى ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشترى الثانى الى التسجيل قبل المشترى الأول ، كان البائع ضامنا لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان (٣) . ولا يجوز

---

(١) انظر فى أمثلة أخرى لتشديد الضمان اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ وهامش رقم ٥ مكرر رابعا - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١ .

(٢) انظر فى أمثلة أخرى لانقاص الضمان بودرى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الاموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشترى يشترى ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الاوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه ، مادام كان ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) .

أيضا أن يحتج البائع بحق مستحدث على المبيع ، ولو كان فى عقد قد اشترط عدم الضمان • وقد روعى فى هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسئوليته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئوليته عن غشه أو عن تقصيره (١) •

المطلب الثانى

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ — مسائل ثلاث : نبحث فى التعرض الصادر من الغير نفس المسائل الثلاث التى بحثناها فى التعرض الصادر من البائع : ١ — متى يقوم هذا الضمان ٢ — ما يترتب على قيام الضمان • ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام الضمان •

١ — متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ — خطة البحث : ونتبع هنا أيضا خطة البحث التى اتبعناها فى التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (ا) أعمال التعرض • (ب) المدين فى الالتزام بالتعرض • (ج) الدائن فى هذا الالتزام • (د) البيع الذى ينشىء هذا الضمان •

٣٣٩ — (ا) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولا) أن يقع التعرض فعلا • (ثانيا) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقا على المبيع • (ثالثا) أن يكون هذا الحق سابقا على البيع ، فاذا كان تاليا له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع •

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ — ص ٤١٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

٣٤٠ — **أولا — أن يقع التعرض فعلا** : قدمنا أن المادة ٤٩٣ مدنى تقضى بأن «يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه » سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى »· فيجب اذن أن يقع التعرض فعلا من الغير ، والغير هنا هو أجنبى ليس طرفا فى عقد البيع· فيدعى الغير حقا على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشترى ، وهذا هو فى الأصل معنى وقوع التعرض فعلا (١) · وهذه الدعوى

---

(١) نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — أما اذا لم يقع التعرض فعلا ، بل خيف من وقوعه ، فان هذا لا يكفى لتحقق الضمان . ولكن المشترى فى هذه الحالة ، اذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبسه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا (م ٢/٤٥٧ مدنى) . فاذا كان المشترى قد دفع الثمن ، وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يسترد الثمن ليحبسه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يكون له الحق فى طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضا اذا كان المبيع غير مملوك للبائع ان يطلب ابطال البيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب على ما قدمناه ان مجرد وجود حق رهن على المبيع لايتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المرتهن لم يتخذ اى اجراء على العين المبيعة (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ — استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لايتخذ هذا الاجراء اذا استوفى من البائع حقه (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولا) . ولكن متى أنذر الدائن المرتهن المشترى بالدفع أو التخلية ، يكون التعرض قد وقع فعلا (استئناف مختلط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق رهن او حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يجيز للمشترى طلب فسخ البيع ، وان لم يحصل التعرض فعلا (استئناف وطنى ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ — ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٨ ص ١٢٣ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٤٣) .

كذلك اذا كان المبيع فى حيازة غير البائع ، فان هذا لايكفى لتحقق الضمان ، وللمشترى أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فان لم يسلم بدعواه بل ادعى ان له حقا على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانيا). ومجرد الخشية من الاستحقاق لا يكفى (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة =

تختلف باختلاف الحق الذى يدعيه الغير ، فقد تكون دعوى استحقاق كلى يطالب بموجبها الغير المشترى بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى يطالب بموجبها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاق يطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع ، أو دعوى ايجار يتمسك فيها الغير على المشترى بعقد ايجار صدر له كمستأجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى فى هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع فى يد الغير ، فيرفع عليه المشترى بعد صدور البيع دعوى يطالب فيها به . فيتمسك الغير فى هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع يدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشترى . فالتعرض اذن يكون واقعا فعلا من الغير ، بدعوى ترفع أمام القضاء يكون فيها الغير

= ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥م ٢٨ص ٣١)،وكذلك لايكفى عدم تسليم مستندات الملكية ما دام لم يتعرض أحد للمشترى (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا مجرد عدم اثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن اذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يكفى للرجوع بضمان التعرض أن يكون المشترى لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . واذا وقع التعرض للمشترى ونزعت حيازته ، فالمشترى هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، اذ لا صفة للبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . واذا رفعت دعوى ضمان الاستحقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد اقر البيع ، وهذا يخلاف دعوى الابطال فى بيع ملك الغير (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتهن الى نزع ملكية العقار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحالة كما قدمنا بمجرد انذار المشترى بالدفع أو التخلية فيجوز عندئذ للمشترى أن يطلب من البائع أن يدفع عنه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز الحكم على البائع بغرامة تهديدية حتى يقوم بمنع التعرض (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٦ ويشير الى حكمين فى هذا المعنى) .

أما مدعيا أو مدعى عليه (١) .

على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وان كان التعرض من الغير يقترن به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك اذا اعتقد المشترى أن الغير على حق فيما يدعيه (٢) ، فيسلم له ادعاءه أو يصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٣) . ولكن المشترى فى هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشترى ، وعندئذ يفقد المشترى حقه فى الرجوع على البائع بالضمان . والثانى انه حتى اذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فان له ، طبقا للمادة ٤٤٢ مدنى ، أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه للبائع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع للمشترى دون منازعته فيه من الغير . فاذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة الغير للمشترى وجب عليه الضمان . وهذا الضمان فى الحالتين مرجعه بيع البائع ما لايملك ، الا ان المبيع كان فى الحالة الاولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان فى الحالة الثانية تحت يد المشترى فاسترده مالكه الحقيقى ونزعت بذلك الملكية من المشترى . وانه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع فى الحالة الاولى أو فسخه فى الحالة الثانية والزام البائع برد الثمن مع التضمينات (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٣٦٤) . ولايفهم من هذا الحكم ان الضمان فى الحالة الاولى محصور فى بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك ان ضمان الاستحقاق يقوم حتى فى هذه الحالة ، ويكون للمشترى الخيار بين ابطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع (انظر الأستاذ محمد على امام فقرة ٢٠٥ ص ٣٥٧ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ — وانظر بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانيا — دى باج ٤ فقرة ١٢٨) .

(٢) وقد يكون هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب قوية ، كما اذا كان المبيع مرهونا فيخليه للدائن المرتهن (بيدان ١١ فقرة ١٩١ أولا) ، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الواهب بعد الهبة ولدا أو كان للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فاذا هو حى ثم يرجع الواهب فى هبته (م ٥٠١ حرف جـ مدنى) . انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٣٥٠ ص ٣٤٧ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٢٩١ .

(٣) انظر المادة ٤٤٢ مدنى وسيأتى بيانها — وانظر اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ — بيدان ١١ فقرة ١٩١ ص ١٢٥ .

أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، وسيأتى بيان ذلك.

كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى ، اذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشترى بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشترى بالبيع ، ولكن المشترى يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل اليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين فى الواقع من الأمر قد استحقت للمالك الحقيقى ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقى الى المشترى (١) . ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويترتب على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا يتحقق الا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لايسرى بالنسبة الى ضمان التعرض الا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة الى ضمان الاستحقاق الا من وقت ثبوت الاستحقاق (٣٨١/٢ مدنى) ، ومدة التقادم فى الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرتبا لضمانى التعرض والاستحقاق دائما كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم الا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٣) .

---

(١) او يكون البيع مرهونا ، فيدخل المشترى فى المزاد فيرسو عليه بتكاليف اكثر فيرجع بدعوى الاستحقاق على البائع ، او يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا تباع العين فيرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٠ ص ٣٤٨ — انسيكلوبيدى داللوز ه لفظ Vente فقرة ١٢٩٥) .

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٦ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ — بودرى وسينيا فقرة ٣٥٠ — انظر أيضا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٦ (ويميلون الى القول بأن المشترى يكتفى فى هذه الاحوال بدعوى الفسخ أو دعوى ابطال بيع ملك الغير) .

(٣) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٤١ — استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٢٠ ص ٣٥٧ — ٢٦ مايو سنة =

٣٤١ ـ ثانيا : أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقا على البيع : هنا يجب التمييز بين التعرض المبنى على سبب مادى والتعرض المبنى على سبب قانونى • وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانونى أو مبنيا على سبب مادى ، أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانونى •

فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) • ويكون التعرض مبنيا على سبب مادى، كما رأينا ، اذا لم يكن الغير يدعى فى تعرضه حقا على المبيع ، بل هو يلجأ فى تعرضه للمشترى الى أعمال مادية محضة ، بل والى تصرفات قانونية ، ولكنه لا يدعى فى كل ذلك أن له حقا على المبيع • فاذا انتزع الغير من المشترى عنوة ، كان هذا عملاماديا محضا ، ولا يكون البائع مسئولا عنه • ويجزى المشترى فى ذلك الحماية العامة التى يوليها اياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها اذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه الى الجهات الادارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع فى

= ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٦٥/٢ ص ٣٤٢ ـ استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ ـ ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ ـ ٢٢ ابريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ ـ استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٦ •

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوصا عليه فى العقد) ـ استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ ـ ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ ـ ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٩ •

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وان البائع قد باع ما يملك ، فان مؤدى ذلك ان ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الاخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى: نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٦٣١ •

جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعدى المادى ، وليس للبائع شأن فى شىء من ذلك . واذا كان المبيع منقولا وسرقه الغير من المشترى ، كان الحكم هو ما قدمناه. واذا كان المبيع متجرا وأقام الغير الى جواره متجرا مماثلا ونافس المشترى منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولا عن ذلك ، وعلى المشترى أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة . واذا كان المبيع دارا ، وأجرها الغير دون أن يدعى أن له حقا فى ايجارها ، فهذا تصرف قانونى يعتبر فى حكم الأعمال المادية ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشترى أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضى الغير الذى أجر له بالوسائل التى يخولها اياه القانون . فما دام الغير لا يدعى حقا ما على المبيع يحتج به على المشترى ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضا مبنيا على سبب مادى ، ولا يكون البائع ضامنا له أو مسئولا عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامنا لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانونى (٢) ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٦ — واذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا بموجب التزامه بالضمان ، بل بموجب التزامه بالتسليم (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩) .

وقد قضت محكمة النقض بان التاميم اجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة الى ملكية الدولة لتصبح ملكا للجماعة تحقيقا لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض اصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة ، وهو بهذه المثابة لايعد تعرضا موجبا لضمان الاستحقاق لان هذا الضمان انما يقوم على ثبوت حق الغير سابق على التصرف ويؤدى الى انتزاع المبيع من يد المشترى بسال عنه البائع : نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٢٥ ص ٧٧٢ .

(٢) وقد قضت حكم النقض بانه اذا قامت مصلحة الجمارك بضبط سيارة مبيعة لعدم سداد الضرائب المستحقة عليه ولعدم استصدار اذن باستيرادها ، فان ذلك يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قانونى يضمنه البائع ، ذلك انه يكفى لنشوئه ان يحرم المشترى فعلا من المبيع لاى سبب =

الغير حقا على المبيع يحتج به على المشترى فى دعوى يرفعها عليه (١) ، أو ترفع عليه من المشترى ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلا (٢)، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم • ولا يلزم أن يكون الحق الذى يدعيه الغير ثابتا ، بل يكفى مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (٣) •

وهذا الحق الذى يدعيه الغير على المبيع ويحتج به على المشترى يجوز أن يكون حقا عينيا أو حقا شخصيا • وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٠٠/٣٧٤) يشترط أن يكون حقا عينيا (٤) ، فصحح التقنين المدنى

= سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعة ولايتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى بل يقصد به اى تعرض له من شانه ان يؤدى الى نزع الشىء المبيع ، حتى ولو كان البائع حسن النية لايعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ •

(١) أما اذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشترى فالحكم الصادر فى الدعوى لايكون حجة على المشترى ، ومن ثم لايكون هناك محل لرجوع المشترى على البائع بضمان التعرض او الاستحقاق (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) •

(٢) ويشترط الا يكون المشترى قد تسبب بخطـاه فى هذا التعرض ، كان قد تعهد بدفع الدين المضمـون برهن على المبيـع ولم يدفعه فنزع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٠/٣ ص ٤٢٨ — المنيا ٢٢ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٥/١ ص ٥٧٢) •

(٣) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٩ •

(٤) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بان المادة ٣٠٠ مدنى صريحة فى أن ضمان البائع لايشمل الا الحقوق العينية ، وحق المستاجر على العين المؤجرة ليس الا حقا شخصيا ، فهو لايدخل فى حكم هذه المادة (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) • وانظر أيضا : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل فى الاجارة فى عبارة التكاليف) — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٤ ص ٣٣٠ •

الجديد هذا الخطأ وأطلق ولم يشترط فى الحق أن يكون عينيا (١) .

ومثل الحق العينى الذى يدعيه الغير على المبيع حق الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع ، فيتقدم الغير الى المشترى باعتباره المالك الحقيقى للمبيع كله أو بعضه ويطالب برد ما يدعيه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلى أو جزئى (٢) . وقد يكون الحق العينى حق رهن يدعيه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز (٤)

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٢٩ فى الهامش . والعبرة بتاريخ البيع ، فاذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، والا فالتقنين الجديد .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا باع شخص سيارة ادخلها البلاد تحت نظام الافراج المؤقت وقبل سداد الضرائب الجمركية المستحقة عليها ، ثم صدر امر بضبطها وسحب رخصتها ، فان ذلك يعتبر تعرض من الغير الذى كان له حق على المبيع وقت البيع — مصلحة الجمارك — ترتب عليه منع المشترى من الانتفاع به وهو ما يجيز للمشترى الحق فى طلب نسخ عقد البيع او الرجوع بدعوى الاستحقاق سواء كان يعلم سبب الاستحقاق او لا يعلم به، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ عقد بيع السيارة لا يكون قد خالف القانون : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٥٥ ص ٢٦٥ .

(٢) فاذا كان الغير يطالب بشىء ليس جزءا من المبيع ، لم يتحقق الضمان حتى لو ظن المشترى خطأ جزءا من المبيع ، كما اذا اشترى شخص أرضا ورأى أشجارا مغروسة فى حدودها فظنها تابعة للارض ، وتبين بعد الشراء انها لا تتبع الارض بل هى للجار ، فليس للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان فى هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الاشجار فى المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثالثة) . ولكن سنرى انه اذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع اطمأن المشترى الى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر فى عقد البيع ، فلو تبين انه غير موجود رجع المشترى على البائع بالضمان (انظر ما يلى فقرة ٣٥٨ فى الهامش — بودرى وسينيا فقره ٣٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان العجز فى مقدار المبيع .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشترى يستند الى حق ووجه قانونى ، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الضرائب المستحقة بمقتضى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩بفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة =

وقد يكون حـق انتفـاع ، أو حـق حكـر (١) ، أو حـق ارتفاق(٢).
ولم يميز التقنين المدنى المصرى بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق

=. وعلى الارباح التجارية والصناعية ، وعلى كسب العمل، تعتبر وفقا للمادة ١١٣٩ من القانون المدنى والمادة ٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ سالف البيان دينا ممتازا على جميع أموال المدينين اذ الملزمين بتوريدها الى الخزانة بحكم القانون اى أن هناك حقا عينيا تبعيا على المنشأة يثبت قبل من يشتريها ، واذ كان ذلك يرجع الى فعل البائع لها ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا تعرضا للمشترى ، يضمنه البائع والضامن المتضامن معه فى عقد البيع ، فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٣٣ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذ كان الثابت من الاوراق ومن الحكم الابتدائى الذى احال اليه الحكم المطعون فيه ان السيارة محل النزاع دخلت البلاد تحت نظام الافراج المؤقت طبقا لقانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له ويوجب هذا النظام على من ادخلهـا اعادة تصديرها أو اداء الضرائب الجمركية المستحقة عليها فى حالة توافـر الشروط اللازمة لاستيرادها واذا باعها قبل اداء الضريبة انتقلت ملكيتها محملة بعبء الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز له اسبقية عن الدين عملا بالمـادة ١١٣٩ من القانون المدنى . واذ كان الطاعن قد باع السيارة للمطعون عليه الاول بالعقد المؤرخ ١٩٧٠/٤/٦ قبل سـداد الضرائب الجمركية المستحقة عليها مما ترتب عليه اصدار امر بضبطها وسحب رخصتها فى ١٩٧٠/٩/١٢ وهو تعرض من الغير الذى كان له حق على المبيع وقت البيع ترتب لعيه منع المشترى من الانتفاع به وهو ما يجيز للاخير الحق فى طلب فسـخ العقد او الرجوع بدعوى الاستحقاق سواء كان البائع يعلم بسبب الاستحقاق او لا يعلم به ، فان الحكم المطعون عليه اذ قضى بفسخ عقد البيع الذى تضمن بيع الطاعن للمطعون عليه الاول السيارة لا يكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ١٩ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٥٥ ص ٢٦٥ وقد سبقت الاشارة اليه .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ — ٢٣ يونية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٣٨٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ — ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ — ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٢) وقد يكون التعرض راجعا الى ان البائع قد باع المبيع ومعه حقوق ارتفاق تقررت لفائدته ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشترى على البائع فى هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئى . ويجب لتحقق الضـمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة فى عقد البيـع ، أو تكون ظـاهرة بحيث يكون المشترى قد اطمأن الى وجودها فتكون فى حكم المذكورة ضمنا (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ — بلانيول وريبير وهـامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ هامش رقم ٤) .

العينية الأخرى التى تقدم ذكرها ، كما ميز التقنين المدنى الفرنسى حق الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدنى فرنسى) لاعتبارات تاريخية ترجع الى تقاليد القانون الرمانى وقد سبق بيانها (١) • بل ان التقنين المدنى المصرى جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية ، وشملهـــا جميعا بالعبارة التى وردت فى المادة ٤٢٩ مدنى : « •• فعل أجنبى يكون له •• حق على المبيع »•

ومثل الحق الشخصى الذى يدعيه الغير حق المستأجر • فاذا كان الغير يدعى أنه استأجر من البائع العين المبيعة بايجار له تاريخ ثـــابت سابق على المبيع ، واحتج بحقه على المشترى طبقا للفقرة الأولى مـــن المادة ٦٠٤ مدنى ، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضا مبنيا عـــلى سبب قانونى يضمنه البائع • ويلتحق بذلك أن يدعى الغير ، وهـــو مستأجر للعين المبيعة ، أنه دفع الأجرة مقدما للبائع ، ويحتج بمخالصة صادرة من البائع ، مسجلة اذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو غير مسجلة اذا كانت المدة لا تزيد على ذلك ، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضا مبنيا على سبب قانونى يضـــمنه البـــائع •

٣٤٢ ــ ثالثا ــ أن يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع : ويجب اخيرا لتحقق ضـمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على المبيع (٢) حقـــا يـــدعى أنه موجـــود قبـــل البيـــع الصـــادر الى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٢٥ •

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به منصبا أصلا على المبيع ، لا آتيــا عرضا عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن • فاذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع ، بل انه عند تسوية دينه ظهر ان له بقية منـــــه اراد أن يضعها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فرفع المشترى على البائعين دعوى بطلب قيمة هذه البقية التى هى زائدة على الثمن الذى سبق أن دفعه لهم وللبنك المرتهن ، فان تكييف هذه الدعوى بأنها دعـــوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكييف غير صحيح • والصحيح المعـــول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف • وحكم هذا العقد ان المشترى =

المشترى (١) .

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدنى ، كما رأينا ، اذ تقول : « فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع » فاذا سلم الغير أن الحق الذى يدعيه على المبيع لم يثبت له الا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع مسئولا عن الضمان . ويرجع ذلك فى كثير من الأحوال الى أن الحق الذى يدعى الغير ثبوته بعد البيع لا يحتج به على المشترى ويجب لتحقيق الضمان ان يكون الحق مما يحتج به على المشترى كما قدمنا . فاذا ادعى الغير انه اشترى المبيع بعد البيع ، فاذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالكا ، لم يتحقق الضمان ، ليس فحسب لأن الحق الذى يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضا لأن الحق لا يحتج به على المشترى اذ هو مستمد من غير المالك . وان كان اشتراه من غير البائع وكان هذا هو المالك الحقيقى للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع ، وذلك لأن المستحق فى هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقى الذى باع

= خلف البائعين فى ملكية الاطيان التى اشتراها منهم مرهونة مع الاطيان الاخرى ، وان ضمان البائعين من ناحية مبلغ الرهن هو الا يكون نصيب الاطيان المبيعة فيه وقت التعاقد اكثر مما ذكر فى العقد . واما باقى الدين الذى يصيب الاطيان الاخرى المرهونة مع الاطيان المبيعة فلا شأن للبائعين بضمانه ، ولا تنطبق على بيعهم أحكام القانون المدنى الواردة فى باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند نزع ملكيته كله او بعضه . ويرجع المشترى فى هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دفعه بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، على أصحاب الاطيان الاخرى التى فك رهنها عن طريق هذا الدفع (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤) . ويمكن القول هنا ان سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضا الى الحق الذى يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت الا بعد البيع ، اى عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضعها الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسنرى أن البائع لايضمن حقا للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن الاستحقاق الناشىء عن فعل الغير اذا كان سبب الاستحقاق موجودا وقت البيع ، وذلك طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٠ من القانون المدنى القديم : نقض مدنى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٦٩ ص ١٨٦٩ .

للغير ، وهذا حقه ثابت قبل البيع • واذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الايجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامنا ، ليس فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضا لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتج به على المشترى • ولكن قد يتحقق فى بعض الأحوال أن يكون الحق الذى يدعيه الغير لاحقا للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشترى ، فلا يكون البائع عندئذ مسئولا عن الضمان • مثل ذلك أن يتمسك مستاجر العين المبيعة على المشترى بمد مدة الايجار بموجب قانون استثنائى صدر بعد البيع ، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له الا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامنا • وهذا بخلاف ما اذا كان القانون الاستثنائى القاضى بمد مدة الايجار قد صدر قبل البيع ، اذ يكون حق المستأجر فى هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب الضمان على البائع (١) • ومثل ذلك أيضا أن يبيع شخص عينا مملوكة له ولكنها فى حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتى عشرة سنة مثلا ، وتبقى العين بعد البيع فى حيازة هذا الشخص الى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) • فيمتلكها • ففى هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين ولكن البائع لا يكون مسئولا عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير الا بعد البيع (٣) • اما اذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة قبل البيع ، ثم بيعت العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولا عن الضمان ، لأن الحق الذى يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) • ويلحق بهذا الفرض ما اذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥ •

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيتملكها بمدة التقادم القصير وهى خمس سنوات (استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨) •

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ — بودرى وسينيا فقرة ٣٥٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ — بيدان ١١ فقرة ١٩٣ — عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ •

(٤) نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤ •

التقـادم ، بحيث لم يبق الا وقت قصير لا يتمكن فيه المشترى مـن اتخاذ اجراءات تقطع التقادم • فاذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة الا شهرا مثلا ، ثم بيعت العين ، فان المشترى لا يتيسر له فى الشهر الباقى لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الاجراءات اللازمة لقطع التقادم ، فيكون الحق الذى يتمسك به الغير فى هذه الحالة فى حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون مسئولا عن الضمان (١) •

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذى يدعيه الغير لاحقا للبيع ، اذا كان المشترى قد استمد هذا الحق مـن البائع نفسه • وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مـدنى : « ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع، اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » • فاذا بـاع شـخص عقارا مرتين ، وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، فان المشترى الثانى وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقا للبيع الاول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولا عن الضمان نحو المشترى الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشترى الثانى وان كان لاحقا للبيع الأول الا أنـه مستمد من البائع نفسه • وهذا هو الحكم أيضا فيما اذا بـاع المـالك المنقول مرتين وسلمه للمشترى الثانى وكان هذا حسـن النيـة ، وذلك لنفس الاعتبارات المتقدمة (٢) • وكذلك يكون الحكم فيمـا اذا رهـن

---

(١) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ — بودرى وسينيا فقرة ٢٥٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ — عكس ذلك بيـدان ١١ فقرة ١٩٣ •

(٢) ويلاحظ انه فى حالة بيع المنقول مرتين ، تنتقل ملكية المنقول المبيـع الى المشترى الحائز لا من البائع ، بل من المشترى غير الحائز ، ومن ثـم لاتنطق حرفية النص وهو يقول : « اذا كان الحق قد آل اليه من البائـع نفسه » • ولكن المقصود من النص هو ان يكون الحق قد آل الى الغير نتيجة لفعل البائع (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦١ هامش رقم ١) •

ويجب الضمان اذا نزعت ملكية المبيع للمصلحة العامة فى الفترة مابين العقد الابتدائى والوقت المحدد لامضـاء العقد النهائى ، فان المبيع تكون =

المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشترى (١) .

وفى الأحوال التى يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وان كان لا حقا للبيع الا نه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولا عن التعرض باعتباره صادرا من الغير وباعتباره صادرا منه هو فى وقت واحد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق فى هذه الحالة على اسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشترى وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالما بهذا الحق . فحتى لو كان المشترى عالما بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فان البائع يكون مع ذلك مسئولا عن الضمان الا اذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشترى عالما به ، أو أن يكون ظاهرا بحيث يستطيع المشترى أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع الى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق اذا كان ظاهرا أو كان المشترى يعلم به راجعا الى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، اذ تقول الفقرة

= ملكيته قد نزعت على البائع فاتى سبب الاستحقاق من جهته (استئناف ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولا عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمرا من السلطة العامة صدر بعد البيع ، اذا ثبت ان هذا الامر لم يصدر الا بناء على شكرى البائع ، كما لو تظلم البائع من نظام الرى المقرر فى منطقة الارض المبيعة ، وترتب على تظلمه تغيير هذا النظام تغييرا أضر بالارض المبيعة (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٥٧ هامش ٣ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة .

الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » . أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشترى بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرهما حتى يكون البائع مسئولا عن الضمان .

٣٤٣ — (ب) المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير — عدم قابلية الالتزام وقابليته للانقسام — المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضا ، فهو ضامن للتعرض الصادر منه وضامن فى الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (٢) . ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير الى الخلف العام ، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو ، لنفس السبب وهو أن الالتزام فى القانون المصرى لا ينتقل من المورث الى الوارث بل يبقى دينا فى التركة . فاذا

---

(١) وكذلك بالتكاليف الاخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فيجب فى القانون الفرنسى أن يكون المشترى وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فان كان عالما بها لم يكن البائع مسئولا عن الضمان . أما فى التقنين المصرى فالذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويترتب على ذلك أن الضمان يتحقق فى هذين الحقين الاخيرين ولو كان المشترى يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان . وحق الرهن لا يعتبر تكليفا فى القانون الفرنسى ، ومن ثم يكون الحكم واحدا بالنسبة اليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولا عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشترى يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ فقرة — ٩٩ وفقرة ١٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه ليس للمشترى فى حالة استحقاق المبيع للغير الا حق الرجوع على البائع بالضمان . فاذا كانت الاطيان ملكا لوقف ، وباعها الناظر على أساس انه تبادل فيها مع الوقف ، ثم باعها المشترى الى آخر ، ثم طالب الناظر الجديد المشترى الثانى بتثبيت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشترى ، اذا ما حكم بالزامه برد اطيان الوقف ، أن يطلب تسليمه اطيان الناظر السابق الخاصة التى وضع الوقف يده عليها بطريق البدل ، لانه لم يكن متبادلا مع الوقف وانما هو مشتر من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) .

باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فان المالك الحقيقى اما أن يسترد العين من المشترى ويرجع المشترى بالتعويض على التركة لا على الوارث ، واما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولا ملكه المشترى بالحيازة مع حسن النية ، وفى هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضا لا على الوارث (١) . وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئا قبل استنزال ديونها ، رمنها هذا الدين بالتعويض الذى تلتزم به التركة اما للمشترى واما للمالك الحقيقى . كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه ، الى الخلف الخاص . فلو أن شخصا باع عينا لمشتر أول وانتقلت اليه الملكية ، ثم باع نفس العين لمشتر ثان ، فان البائع يكون مسئولا عن الضمان نحو المشترى الثانى ، ولا يكون المشترى الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولا عن الضمان .

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير الى دائنه ، كما لا يتعدى الى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه . فلو باع شخص عقارا مملوكا له ، ولم يسجل المشترى البيع ، وكان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ فى نزع ملكيته ، فان التعرض للمشترى هنا يعتبر صادرا من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يتعدى الى الدائن (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بان واجب الضمان فى عقود البيع ينتقل الى التركة فى الشريعة الاسلامية بعد وفاة البائع ، ولايلتزم الورثة الا بقدر ما استفادوا من التركة ولا يلتزمون به فى أموالهم الخاصة ، حتى لو شملت العين موضوع الضمان اذا خرجت من ملك المورث الى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف اسيوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المقرر قانونا ان البائع يضمن عدم التعرض للمشترى وخلفه عاما أو خاصا فى العقار المبيع ، وكان المشترى الذى لم يسجل عقد البيع الصادر له لا يعتبر خلفا خاصا للبائع =

ولكن كفيل البائع يكون ملزما مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فاذا باع شخص عينا وكفله فى البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المبيعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة الى المشترى تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل اذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لايجوز له الاسترداد .

والتزام البائع ضمان الصادر من الغير ، كما سنرى ، اما أن يطالب المشترى بتنفيذه عينا فيدعو البائع الى جعل الغير يكف عن تعرضه ، واما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق اذا تعذر التنفيذ العينى . وهذا الالتزام فى صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عينا ، يكون غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان دارا على الشيوع ، وتعرض للمشترى أجنبى يدعى حقا على الدار ، كان للمشترى أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملا تنفيذا عينيا ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبى يكف عن تعرضه فى الدار كلها لا فى نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن

= ولا يعدو ان يكون دائنا شخصيا لهذا البائع ، فمن ثم لايستطيع ان يواجه البائع لبائعه بضمان التعرض ، الا استعمالا لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة : نقض مدنى فى ٣ ابريل سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ .

(١) ويرفع الاجنبى عادة دعوى استحقاق الدار على المشترى ، فيدخل المشترى احد البائعين ضامنا فى الدعوى ، وعلى هذا ان يثبت أن ادعاء الاجنبى لا اساس له فى كل الدار لا فى نصيبه فقط . ولهذا البائع ان يدخل البائع الآخر ضامنا معه فى الدعوى ليعاونه فى هذا الاثبات ، وليتحمل معه مصروفات الدعوى عند الاقتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فتقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، وليحكم عليه معه بالتعويض اذا ثبت استحقاق الاجنبى للدار ، والتعويض ايضا قابل للانقسام كما سنرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه فى الدار (لوران ٢٤ فقرة ٢١٣ — جيوار ١ فقرة ٣٤٠ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٧ وهامش ١٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣) .

الالتزام فى صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ، يكون قابلا للانقسام ، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته (١) . ففى المثال المتقدم ، لو نجح الأجنبى فى تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشترى ، رجع المشترى بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه فى الدار ، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢) .

٣٤٤ ـ (ج) الدائن فى الالتزام لضمان التعرض الصادر من الغير : الدائن هنا هو أيضا المشترى ، كالدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع ، فهو الذى يقع عليه التعرض فى الحالتين . وينتقل هذا الحق الى الخلف العام ، فلو أن شخصا اشترى دارا وتركها لوارث ، وتعرض أجنبى للوارث فى الدار ، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع .

وينتقل هذا الحق أيضا الى الخلف الخاص فى العين المبيعة ، فلو أن شخصا باع دارا ، وباع المشترى الدار لمشتر ثان ، فان البائع يكون ملزما بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشترى الأول فحسب بل أيضا نحو المشترى الثانى وهو الخلف الخاص للمشترى الأول فى الدار المبيعة . فاذا استرد الغير الدار من يد المشترى الثانى بعد أن أثبت ملكيته لها ، فان المشترى الثانى يستطيع أن يرجع بضمان

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ ـ وينقسم التعويض على البائعين المتعددين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠) .

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٣ ـ جيوار ١ فقرة ٣٤٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٣٦٧ ـ فقرة ٣٦٨ ـ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هامش رقم ٤) ـ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣ .

ولكن لو مات البائع الملتزم بضمان الاستحقاق وترك ورثة متعددين ، فان التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق ، ولا ينقسم على الورثة (الاستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٤٢٤ ـ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٣٧ ـ وقارن الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٢٧) .

الاستحقاق على المشترى الأول وهو البائع له . بموجب عقد البيع الصادر له من هذا المشترى الأول (١) . ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشترى الأول على البائع ، ولكنه فى هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائنى المشترى الأول (٣) . ويستطيع أخيرا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهى نفس دعوى المشترى الأول على البائع وقد انتقلت اليه من المشترى الأول كما قدمنا (٤) . وهذه الدعوى المباشرة لها مزيتان : ١ – لا يتحمل فيها المشترى الثانى مزاحمة دائنى المشترى الأول ، وهو يتحمل هذه

(١) واذا رجع المشترى الثانى على المشترى الاول ، كان للمشترى الاول أن يرجع على البائع بما اداه هو للمشترى الثانى ، وقد يزيد على الضمان الذى كان يرجع به على البائع لو ان العين استحقت فى يده ولم يبعها لمشتر ثان . فلو أن البائع باع العين للمشترى الاول بالف ، وباعها المشترى الاول للمشترى الثانى بألف ومائتين ، ثم استحقت العين فى يد المشترى الثانى فرجع على المشترى الاول بالف وخمسمائة قيمة المبيع والتعويضات الاخرى ، فان المشترى الاول يرجع على البائع ، لا بالالف التى دفعها له ثمنا ، ولا بالالف والمائتين وهو الثمن الذى تقاضاه من المشترى الثانى بل يرجع بألف وخمسمائة وهو المبلغ الذى أداه للمشترى الثانى نتيجة لضمان الاستحقاق (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطالب بما يستحقه المشترى الاول فى ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو فى ذمة المشترى الاول ، لانه يستعمل دعوى المشترى الاول لا دعواه هو . وتتعادل الدعويان فى أحد العناصر الرئيسية ، ففى كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتى بيانها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة فى كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطنى ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ – استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٥١/١ ص ١١١ – ٣٠ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٨٧/١ ص ١٤٦ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢١٨ – استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ – ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ – ٩ مارس ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ .

وفى القانون الفرنسى يرجع المشترى على البائع فى ضمان الاستحقاق بالثمن الذى دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الامر فى القانون المصرى . فاذا فرضنا ، فى القانون الفرنسى ، أن الثمن الذى دفعه المشترى الثانى ١٠٠٠ والثمن الذى دفعه المشترى الاول ١٢٠٠ ، واستحقت العين =

المزاحمة فى الدعوى غير المباشرة كما قدمنا • ٢ ـ قد لا يكون للمشترى الثانى دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشترى الأول ، كأن يكون المشترى الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشترى الثانى فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشترى الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائنا للمشترى الأول يستعمل دعوى مدينه لأنه غير دائن بالضمان للمشترى الأول كما قدمنا ، فلا يبقى أمامه الا الدعوى المباشرة يرفعها على البائع (٢) ، وهى نفس دعوى الضمان التى للمشترى الأول على البائع انتقلت من المشترى الأول الى المشترى الثانى بالرغم من أن المشترى الأول قد اشترط على المشترى الثانى عدم الضمان فى عقد البيع الذى تم بينهما •

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتى : اذا باع شخص عينا غير مملوكة له ، ثم

= فى يد المشترى الثانى ، فان المشترى الثانى كان يرجع على المشترى الاول بمبلغ ١٠٠٠ ، ومن ثم كان المشترى الاول يرجع على البائع بهذه الالف فقط ، ففى الدعوى المباشرة اذن يرجع المشترى الثانى على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط • ولو كان الثمن الذى دفعه المشترى الثانى ١٢٠٠ ، والثمن الذى دفعه المشترى الاول ١٠٠٠ ، فان المشترى الثانى كان يرجع على المشترى الاول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع بهذا المبلغ المشترى الاول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشترى الثانى مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ ويخلص من ذلك أن المشترى الثانى يرجع على البائع دائما بالثمن الذى دفعه هو للمشترى الاول (بودرى وسينيا فقرة ٣٧١) •

(١) او يكون هناك واهب بدلا من المشترى الاول ، فيبيع شخص عينا لآخر ويهبها الآخر لثالث ، والواهب لا يضمن فى الاصل استحقاق العين الموهوبة ، فاذا استحقت العين فى يد الموهب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب ، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع للواهب ، وذلك لان دعوى المشترى بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت الى الموهوب له بموجب عقد الهبة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ ـ بودرى وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤٢ ـ جوسران ٢ فقرة ١١٠٧) •

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ ـ ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٤٣٤ •

استحقت العين فى يد المشترى ، فان دائن المشترى يستطيع أن يرفع باسم المشترى دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذى يلزم به البائع للمشترى ، ولكن يزاحمه فى هذه الحالة سائر دائنى المشترى وفقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة ».

٣٤٥ ــ (د) البيع الذى ينشىء الضمان ــ وكل بيع ينشىء ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشىء ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو فيما قدمناه . ويستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ، ويستوى فى ذلك أيضا بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعا قضائيا أو اداريا . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام فى التعرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه هناك ينطبق (٣) .

ويبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب فى بيع المزاد، ولوكان البيع قضائيا أو اداريا (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدنى) . فاذا باع الدائنون مال مدينهم فى المزاد ، نشأ عن هذاالبيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذى بيع المال عليه ، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥). فلو فرض أن الدائنين باعوا عينا غير مملوكة لمدينهم

---

(١) الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٣٢ ــ الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٠٢ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٣٣٤ .

(٣) ويلتزم للبائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشترى قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التعرض والاستحقاق مسترد الحصة الشائعة فى منقول اذآ باعها احد الشركاء لاجنبى تطبيقا لاحكام المادة ٨٣٣ مدنى (انظر آنفا فقرة ٣٣٤ فى الهامش) .

(٤) أو كان البيع بيع تصفية licitation لانهاء الشيوع ، فيلزم بضمان التعرض والاستحقاق الملاك فى الشيوع الذين باعوا العين الشائعة فى المزاد (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ مكررة ثانيا) .

(٥) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ ــ ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقى العين من المشترى الذى رسا عليه المزاد ، فان المشترى يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين (١) . ولكن يغلب أن يكون المدين معسرا فى مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشترى أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن الذى دفعه فى المزاد فى حالتين : (أولا) اذا أثبت أن الدائنين كانوا يعلمون أن العين التى باعوها فى المزاد غير مملوكة لمدينهم (٢) أو كان ينبغى أن يعلموا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم (٣) . (ثانيا) واذا لم يستطع المشترى أن يثبت ذلك ، فانه يستطيع على كل حال أن أن يعتبر البيع الصادر له فى المزاد بيعا لمالك الغير ، فيطلب ابطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن فى استيفاء حقوقهم بدعوى الاثراء بلا سبب (٤) .

٢ - ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٤٦ - التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض : متى قام ضمان

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ .

(٢) لا سيما اذا كان المدين قد نبههم الى ذلك .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٩ - بودرى وسينيا فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ .

(٤) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٠٢ - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٣ - الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٦ - الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٦٣ - ٣٦٥ - وقارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ - وانظر فى جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ٣٥٧ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤١ - جوسران ٢ فقرة ١١١٥ - ديميل كولان وكابيتان ٢ الى جعل الدائنين هم المسئولون مباشرة عن الضمان وان كان يقرر أن الفقه على غير ذلك (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٨) .

البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التى تقدم ذكرها ، فان البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التعرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يجعل الغير الذى تعرض للمشترى مدعيا بحق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فاذا عجز عن التنفيذ العينى ، بأن فاز الغير باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشترى مما أصابه من الضرر باستحقاق المبيع فى يده طبقا للقواعد التى قررها القانون ، وهذا هو ضمان الاستحقاق(١)

فنتكلم اذن فى مسألتين : (ا) التنفيذ العينى أو ضمان التعرض بطريق التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق.

(ا) التنفيذ العينى

(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ ـ **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى الى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله » .

« ٢ ـ فاذا تم الاخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان ، الا اذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه » .

« ٣ ـ واذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم

---

(١) فليس البائع ملتزما بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق ، بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض ، فاما ان ينفذه عينا او ينفذه بطريق التعويض (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٨ هامش رقم ١) .

وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق » .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتى :

« يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه » (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص فى المادة ٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا خلافات لفظية . ووردت الفقرة الثالثة فى المادة ٥٨٦ من المشرع التمهيدى على وجه مماثل ايضا ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل عبء الاثبات فى العبارة الاخيرة من النص على المشترى لا على البائع . وفى لجنة المراجعة ادمجت المادتان فى مادة واحدة ، واصبح رقمها ٤٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثالثة ، واستعيض فيها عن عبارة « الا اذا اثبت البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل فى هذه الدعوى » بعبارة « اذا اثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق » . وقد رات اللجنة ان تنقل عبء الاثبات الى البائع ، لانه اصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعيا ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان ، واصبح رقم المادة ٤٤٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٦ — ص ٨٨) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى : « يثبت حق المشترى فى الضمان حتى لو اعترف وهو حسن النية للاجنبى بحقه او تصالح معه على هذا الحق دون ان ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، مادام قد اخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . واذا رجع البائع على الاجنبى ، كان عليه أن يثبت ان هذا الاجنبى لم يكن على حق فى دعواه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع البائع بأن الاجنبى لم يكن على حق فى دعواه هو دفع فى دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشترى ايضا لا الاجنبى فحسب . فاصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واصبح رقمه ٤٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ — ص ٩٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام فى عهد التقنين المدنى السابق دون حاجة الى نص (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٠٨ ـ ٤٠٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٢٨ ـ ٤٢٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٥٠ ـ ٥٥١ و٥٥٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٨٣ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٥٠٤ (٢) .

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى .

التقنين المدنى السورى م ٤٠٨ ـ ٤٠٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ ـ ٤٤١ من التقنين المدنى المصرى ـ أنظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٥٥ ـ فقرة ١٦٢) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٨ ـ ٤٢٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ ـ ٤٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٠ : ١ ـ اذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق واردا على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان فى العقد . ٢ ـ أما اذا ورد الاستحقاق بأمر حادث فى المبيع وهو فى ملك المشترى ، كما لو اثبت المستحق انها ملكة بتاريخ متأخر عن الشراء ، فلا حق للمشترى فى الرجوع بالضمان على البائع .

م ٥٥١ : ١ ـ لا يرجع المشترى بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله . ٢ ـ ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو يثبت الا باقراره أو بنكوله ، اذا كان حسن النية وكان قد أعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول معه فى الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع ان المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٣ : اذا استحق المبيع فى يد المشترى الاخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكما على جميع الباعة ، ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع المشترى منه .

(وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدنى المصرى ، ولكنها فى مجموعها مأخوذة من الفقه الاسلامى ، أنظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٠ ـ فقرة ٢٠٣ ـ الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ ـ فقرة ٢٥٨) .

وتفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشترى فعلا ، وكان تعرضه فى صورة دعوى استحقاق يرفعها عليه كما هو الغالب ، ودعوى الاستحقاق هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٢٩ : انه وان لم يشترط وقت البيع شىء مختص بالضمان ، فالبائع ملزم بأن يضمن للمشترى ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الاعباء المدعى بها على المبيع التى يصرح بها البائع عند البيع .

م ٤٤١ : اذا دعى المشترى الى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقا على المبيع ، وجب عليه أن يدعو بائعه الى المحكمة . فان لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه فى الضمان ، الا اذا اثبت أن البائع وان تدخل فى الدعوى لم يكن فى طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التقنين اللبنانى عن المصرى ، فى الحالة الواردة فى المادة ٤٤١ لبنانى ، فى ان عبء الاثبات فى التقنين اللبنانى يقع على المشترى ، ويقع على البائع فى التقنين المصرى . ولم يعرض التقنين اللبنانى للحالات الاخرى التى عرض لها التقنين المصرى ، ولكن الاحكام التى أوردها التقنين المصرى فى هذه الحالات الاخرى ليست الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن القول بانها تسرى فى لبنان دون حاجة الى نص) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٨٣ : ١ - اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع كليا او جزئيا ، وجب عليه المبادرة بادخال البائع فيها . ٢ - فاذا لم يقم بادخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائى ، سقط الضمان عن البائع اذا اثبت أن ادخاله فى دعوى الاستحقاق كان من شأنه ان يؤدى الى رفضها .

(وهذا النص يتفق فى حكمه مع ما ورد بالتقنين المصرى مع ملاحظة ان التقنين الاخير جاءت نصوصه اكثر تفصيلا ويمكن العمل بها فى الكويت رغم عدم النص عليها لانها من القواعد العامة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٠٤ : ١ - الخصومة فى استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب ان توجه الى البائع والمشترى معا . ٢ - فاذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع واراد المشترى الرجوع على البائع وجب ادخاله فى الدعوى .

(ويختلف التقنين المدنى الاردنى عن التقنين المدنى المصرى فى انه فرق بين حالتين : أ - حالة رفع دعوى الاستحقاق من الغير قبل استلام المشترى للمبيع فهنا استلزم التقنين الاردنى اقامة تلك الدعوى على كل من البائع والمشترى . ب - حالة رفع دعوى الاستحقاق بعد استلام المشترى للمبيع فهنا اجاز التقنين الاردنى للمشترى ادخال البائع فى الدعوى اذا اراد الرجوع عليه بدعوى الضمان . كما ان التقنين الاردنى لم يورد التفصيلات التى اوردها التقنين المصرى ولكن يمكن تطبيق احكامها فى الاردن لانها تتفق مع القواعد العامة) .

يدعى فيها الغير بأنه يملك البيع كله أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى يـــدعى فيهـــا الغير حقـــا على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أن حق ارتفاق أو حق ايجار أو غير ذلك من الحقوق التى أشرنا اليها فيما تقدم، أو ينكر فيها حقا للمبيع كحق ارتفاق • فعند ذلك يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير (١)• ويبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، وذلك بأن يدخل فى دعوى الاستحقاق الى جانب المشترى أو ليحل محله فى هذه الدعوى ، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يستصدر حكما برفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق تعرض الغير تنفيذا عينيا • فان لم يتدخـــل ، أو تدخـــل ولم ينجح فى استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عـــن طريق التعويض على وجه معين كما سبق القول • وتميز النصوص الســـالفة الذكر بين فرضين : فاما أن يتدخل البائع فى دعوى الاستحقاق ، وامـــا ألا يتدخل • فاذا لم يتدخل وجب التمييز أيضا بين فرضين : فاما أن يكون المشترى قد دعاه للتدخل فى الوقت الملائم ، واما ألا يكون قد فعـــل •

---

(١) وقد يتحقق هذا الالتزام دون دعوى ، كما قدمنا ، اذا هدد الغير المشترى برفع الدعوى ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له به . ويجب قبل التسليم به ان يدعو البائع لمواجهة الغير المتعرض على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . وقد تكون الدعوى مرفوعة من المشترى على الغير اذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، فيطالبه المشترى به ، فيرفع الدعوى محتجا بحق يدعيه على المبيع ، فعند ذلك يخطر المشترى البائع ليتدخل فى الدعوى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — كولان وكابيتان ٣ فقرة ٩٠٥) .
أما اذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون ادخال المشترى ، وصدر الحكم لصالحه ، لم يكن هذا الحكم حجة على المشترى ، فليس لهذا كما قدمنا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وقد قضـــت محكمة النقض بأن البائع اذا كانت كل حقوقه فى العقار المبيع تنتقل بالبيع الى المشترى ، فلا وجه لاعتباره ممثلا للمشترى فى أى نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع ، ولذلك فان كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه الى المشترى . واذا هوجم البائع وحده ، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشترى ولو كان عالما بالخصومة ، لان القانون لا يوجب عليه التدخل فيها (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤) .

فعندنا اذن ثلاث حالات : ١ — حالة تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق ٢ — حالة عدم تدخله فى دعوى الاستحقاق مع دعوة المشترى اياه أن أن يتدخل • ٣ — حالة عدم تدخله والمشترى لم يدعه للتدخل •

٣٤٨ — تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق : اذا رفع الغير على المشترى دعوى استحقاق على النحو الذى أسلفنا بيانه ، وجب على المشترى اخطار البائع فى الوقت الملائم ودعوته ليتدخل فى الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائى برفض دعواه • وليس للاخطار شكل خاص، فيصح شفويا ولكن عبء الاثبات يقع على المشترى (١) • والواجب على المشترى هو اخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه ادخاله فى الدعوى •

ولكن لا يوجد ما يمنع أن المشترى يدخل البائع ضامنا فى الدعوى ولا يكتفى بمجرد اخطاره ، بل ان هذا هو الأفضل ، ففيه قصد فى الوقت والاجراءات ، وبه يكفى المشترى نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئا ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد أنه دلس فى الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيما فيه • وقد رسم تقنين المرافعات الاجراءات اللازمة لادخال ضامن فى الدعوى ، فنصت المادة

---

(١) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٥ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٤٦ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن البين من المادة ٤٤٠ من القانون المدنى ان الاخطار المنصوص عليه فيها لا يكون الا حين ترفع على المشترى دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الاخطار الا حيث يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق على اساس قيام عقد البيع . أما اذا اختار المشترى سبيل المطالبة بفسخ العقد فانه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ الى ٤٤٣ من القانون المدنى الخاصة بضمان الاستحقاق . وقد افصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والابطال فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى بينت عناصر التعويض الذى يحق للمشترى ان يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الاخيرة من هذه المادة على ان « كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله (نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٣ ص ٣٤٥) .

١١٧ من هذا التقنين على أن « للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ » . ونصت المادة ١١٩ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة فى المواد المدنيه اجابة الخصم الى تأجيل الدعوى لادخال ضامن فيها ، اذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ اعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو اذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لادخال الضامن جوازيا للمحكمة . ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور . ويكون ادخال الخصم للضامن بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . فاذا كلف المشترى البائع ، فى خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له الا جلسة متأخرة عن الجلسة المحدد لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقا على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تحتمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشترى الى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق الى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامنا . فاذا لم يكن المشترى قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة فى تقدير المدة التى تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الاوضاع العادية ، وتحسب فى ذلك مواعيد المسافة . أما اذا كان المشترى هو الذى رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقريره حق ارتفاق للعقار المبيع داخلا فى البيع (١) ، فان ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — الاستاذ احمد ابو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .

الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشترى . وفى غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لادخال البائع ضامنا فى الدعوى جوازيا للمحكمة . على أنه اذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشترى ، أو تحقيق دعوى المشترى المرفوعة على الغير ، يستلزم زمنا غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع يدفع المشترى الى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامنا فى أية جلسة من الجلسات التى تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع (١) .

فاذا لم يدخل البائع المشترى ضامنا فى الدعوى واكتفى باخطاره بها فى الوقت الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن للخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة (م ١٢٦/٢ مرافعات) . وحتى اذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، اذ هو أقدر من المشترى على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق اذ نصت المادة ١٢٦ فى فقرتها الأولى من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم .. » . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشترى هو الذى يدخل البائع ضامنا فى الدعوى ، ويتبع فى ذلك الاجراءات التى سبق ذكرها فى ادخال المشترى البائع ضامنا فى الدعوى (٢) .

---

(١) الاستاذ عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٣٩٣ .

(٢) كذلك أجازت المادة ١١٨ مرافعات للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال « من قد يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها ، اذا بدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم . =

ويلاحظ أنه اذا كانت دعوى الاستحقاق الاصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها • أما اذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فان هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان اذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل فى الدعوى الأصلية وحدها • ولكن اذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها باحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان الى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الاحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٤٦ مرافعات) (١) •

فاذا تدخل البائع ضامنا فى دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشترى أو الغير المتعرض على النحو الذى بسطناه ، جاز للمشترى أن يبقى فى الدعوى فينضم اليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدنى وم ١٢١ مرافعات) • وفى

= وتعين المحكمة ميعادا لا يجاوز ثلاثة اسابيع لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم بادخاله . ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى » . ويؤخذ من هذا النص انه اذا لم يدخل المشترى أو الغير البائع ضامنا فى الدعوى ولم يتدخل البائع فى الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب المشترى والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال البائع ضامنا ، وتعين اى الخصمين يقوم باعلانه . فاذا لم يعلن هذا الخصم البائع فى الميعاد الذى حدد له ، قضت عليه المحكمة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ٩٩ مرافعات (الاستاذ احمد ابو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨) .

(١) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المحلى بالنسبة الى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة المراعاة ، فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الاصلية التى تنظر دعوى الضمان الفرعية هى غير محكمة البائع (الاستاذ احمد ابو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ ص ١٧٥) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة اذا اثبت أن الدعوى الاصلية لم تقم الا بقصد جلبه امام محكمة غير مختصة (م ٦٠ مرافعات) ، كما اذا تعمد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشترى فى محكمته حتى يجلب البائع الى هذه المحكمة وكان الايسر له ان يرفع الدعوى مباشرة على البائع فى محكمته مع ادخال المشترى خصما فى الدعوى •

الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائى برفض هذا الادعاء (١) • وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذا عينيا ، كما سبق القول •

أما اذا فشل البائع فى ذلك ، فان التزامه بضمان تعرض الغير يتحول الى تعويض اذ يصبح ضامنا لاستحقاق المبيع ، وتقضى المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضى فى الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشترى يقدر وفقا للقواعد التى سيأتى ذكرها فى ضمان الاستحقاق• ويقضى فى طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحدكلما أمكن ذلك ،والا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (م ١٢٠ مرافعات) • واذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان الى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم

---

(١) ومتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فانه لا يكون مسئولا نحو المشترى عن مصروفات دعوى الضمان التى رفعها هذا عليه بادخاله فى الدعوى، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض مادى من قبل الغير ، مالم يكن هناك سبب جدى اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشترى ، كأن كان البائع مهددا بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدى فى المبيع ، فيرجع المشترى على البائع فى هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ ـ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٢٨ ـ الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٤٧ ـ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٨ ـ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٤٩ هامش ١) . أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على مدعى الاستحقاق بعد أن خسر دعواه .

وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان البائع ملزم للمشترى بضمان صحة البيع ونقل الملكية اليه وعدم التعرض له وملزما قانونا بالتضمينات فى حالة الحكم نهائيا بعدم ثبوت ملكيته للمقدار المبيع منه كله او بعضه ، وكان له بحكم هذا الضمان مصلحة محققه فى الدفاع عن حقوق المشترى منه ، لما كان ذلك يكون للطاعنين التمسك بان عقد المشترى منهما المسجل يفضل عقد المطعون عليهما الاولى والثانية غير المسجل والصادر لهما من مورث الطاعنين عن نفس العقار وان كان المشترى من الطاعنين لم يتمسك بهذا الدفاع : نقض مدنى فى ٤ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ٦٠ ص ٣٥٩ .

يكن هذا قد وجه طلبات الى البائع (م ١٢١ مرافعات) • واذا خرج المشترى من الدعوى على النحو الذى أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشترى مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده • ولكن خروج المشترى من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصما فى دعوى الضمان فيقضى له بالتعرض على البائع (١) •

٩٤٣ ـ عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بالرغم من اخطار المشترى اياه : وقد فرضنا فيما قدمناه أن البائع تدخل أو أدخل خصما فى دعوى الاستحقاق الأصلية • ولكنه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجا عن الخصومة فى دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشترى قد أخطره فى الوقت الملائم ودعاه الى التدخل فلم يفعل • فهنا لا تخلو الحال من أمور ثلاثة : ١ ـ اما أن يتولى المشترى وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح فى دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض • ٢ ـ واما أن يقر المشترى للمتعرض بالحق الذى يدعيه أو يتصالح معه على هذا الحق • ٣ ـ واما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل فى دفع دعوى المتعرض ، فيقضى للمتعرض بطلباته ويستحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا •

فاذا نجح المشترى وحده فى دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائى برفض طلباته ، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه • ولا يبقى الا أن يرجع المشترى على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار فى دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه •

---

(١) الاستاذ احمد ابو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٤ ص ١٧٧ ـ والاستاذ فتحى والى فى الوسيط فى القضاء المدنى طبعة ١٩٨٠ ص ٣٧٥ ـ والاستاذ وجدى راغب فى مبادىء القضاء المدنى طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٣٨٣ •

وإذا أقر المشترى للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا ليكف عن تعرضه ، فسنرى أنه يجوز للبائع ، بادىء ذى بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشترى المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدنى) . فإذا لم يختر البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب افتراض أن المشترى قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فانه قد دعا البائع الى التدخل فى دعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فاتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض محق فى تعرضه . وفى هذه الحالة يرجع المشترى على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذى سنبينه ، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشترى عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن

---

(١) والنص صريح فى هذه الحالة الخاصة اذا اضيفت عبارة « ودعاه أن يحل محله فيها » ، فالمشترى اذا رأى وجوب الاقرار ، لا يصح أن يكتفى بمجرد اخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل نجب دعوته الى التدخل فيها (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ هامش ١ — قارن الاستاذ عبد المنعم البداروى فقرة ٣٠٩ ص ٤٧٠) .

(٢) فلا يكفى أن يثبت أن المشترى لم يحسن الدفاع ، أو انه اغفل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، أو انه لم يطهر المبيع من الرهن (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٧) . وليس المقصود من اثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه أن يثبت انه كانت هناك دفوع لم يقدمها المشترى وكانت تكفى لرفض دعوى الاستحقاق (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٣١٨) ، حتى لو كانت هذه الدفوع خاصة بالمشترى كاستكماله مدة التقادم (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٤٢٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه اذا ملك المشترى المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ — ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ — ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٣) ، وقضت ايضا بالا محل للضمان اذا قصر المشترى فى التمسك بتملك المبيع بالتقادم القصير (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢) ، انظر ما يلى فقرة ٣٩٧ فى الهامش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم آخر بانه لا يجوز للبائع ان ينعى على المشترى انه لم يعمل لتملك المبيع بالتقادم (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأبى ذمة المشترى ان يتمسك بالتقادم بعد تمامه .

على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الاقـرار أو المصـالحة (م ٤٤١ مدنى) • ويستطيع البائع أيضا أن يثبت أن المشترى لم يكن حسن النية فى اقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفـع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض اذا كان هناك مقتض (١) •

واذا لم يقر المشترى للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل فى دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهـائى ، فقد بذل المشترى كل ما فى وسعه : أخطر البائع بدعوى الاسـتحقاق ، ولم يسلم بحق المتعرض ، بل دفع دعواه بما يملك من وسائل • فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا بحكم نهائى ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق • ولا يكفى فى دفع رجوع المشترى على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المعترض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكفى فى حالة اقرار المشترى بحق المتعرض أو تصالحه معه • فقد أمكن فى هذه الحالة الأخيرة أن ينسب الى المشترى تقصير هو تسرعه فى الاقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشترى لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل الى النهاية يدفع دعوى المتعرض ، فاذا كـان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسـب اليـه أى تقصـير فى ذلك • ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشترى عليه بالتعويضات الا اذا أثبت أن الحكم النهائى الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو الخطأ جسيم منه (٢) ، فلا يكفى اذن اثبات خطأ غير جسيم

---

(١) قارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ •

(٢) وتقـول المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففى حالة ما اذا صدر الحكم دون اقـرار او صلح ، يصبح من المعقول الا يؤخذ على المشترى الا التدليس او الخطأ الجسيم لانه يكون قد قام بواجبه فاخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الاجنبى ولم يعمد الى الصلح معه .

فى جانب المشترى (م ٤٤٠/مدنى) (١) .

٣٥٠ — عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق من غير اخطار المشترى اياه : بقيت الحالة الأخيرة ، وهى ألا يتدخل البائع فى دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشترى قد أخطره فى الوقت الملائم (٢) . ففى هذه الحالة اذا نجح المشترى فى رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما فى الحالة السابقة (٣) .

= أما فى الحالة الاخرى فان المشترى قد تحمل مسئولية الاقرار أو الصلح . فلو ظهر انه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن اثبت البائع ان الاجنبى ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعيا أن يفقد حقه فى الضمان » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٩ — ص ٩٠) .

(١) واذا لم يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من اخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة الى المشترى ، فيرجع هذا عليه بالضمان الا اذا اثبت البائع تدليس المشترى أو خطأه الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة الى المستحق ، فان هذا لم يدخل البائع فى الدعوى ليصدر الحكم فى مواجهته . ومن ثم اذا عجز البائع عن اثبات تدليس المشترى أو خطأه الجسيم فدفع له التعويضات التى يقررها القانون ، جاز للبائع أن يرجع على المستحق ليثبت انه غير محق فى دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترده منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشترى . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « واذا اخل البائع بالتزامه ولم يتدخل فى الدعوى ، فللمشترى أن يدخله فيها ، ولكنه ليس فى حاجة الى ذلك اكتفاء بالاخطار الذى سبقت الاشارة اليه . واذا هو لم يرتكب تدليسا أو خطأ جسيما فى الدعوى المرفوعة عليه من الاجنبى ، وثبت استحقاق هذا ، فان الحكم الذى يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشترى فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذى يكلف باثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع فى دعوى الاستحقاق » مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ — ص ٨٦) .

(٢) ولا نرى أنه يكفى فى هذه الحالة أن يثبت المشترى أن البائع يعلم فعلا بالتعرض ، ما دام لم يقم هو باخطاره به فى الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشترى مطمئن الى مركزه ولا يحتاج الى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ١٥١ — الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٤٧) .

(٣) وقد لا ينجح فى دفع التعرض ويحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشترى أراد بعدم اخطاره البائع بتعرض =

أما اذا أقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائى ، وأراد المشترى الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشترى قد قصر فى عدم اخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادرا على التدخل وعلى رفض دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشترى عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشترى أو خطأه الجسيم كما فى الحالة السابقة ، بل يكفى أن يثبت أن تدخله فى الدعوى ، لو مكنه المشترى من ذلك فى الوقت الملائم ، كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠/٣ مدنى) (١) .

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣١٥ ـ متى يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص

= المستحق أن ينزل عن حقه فى الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا نفت المحكمة فى حكمها دعوى نفيا تاما موضوعيا مفيدا ان المشترين تنازلوا فعلا عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، فذلك تقدير موضوعى فى شأن من الشئون التى تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير منتزعا من وقائع ثابتة والعقل يقبله (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٣) مصر استئناف ١٤ مايو سنة ١٩٣٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ ـ استئناف وطنى ٧ دسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ ـ وكان المشروع التمهيدى يجعل عبء الاثبات على المشترى لا على البائع ، فيثبت المشترى « ان البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل فى هذه الدعوى (م ٥٨٦ مشروع تمهيدى) . فعدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ ونقل عبء الاثبات الى البائع لانه أصبح بعد صدور الحكم مدعيا ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٨ ـ وانظر آنفا فقرة ٣٤٧ فى الهامش ـ وانظر عكس ذلك وان القواعد العامة كانت تقضى بجعل عبء الاثبات على المشترى (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٢ هامش ١) .

مما قدمناه أن المشترى يرجع على البائع بضمان الاستحقاق فى احـدى الأحوال الآتية :

١ ـ اذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع فى الدعوى ولم يفلح فى دفع دعوى المتعرض (١) .

٢ ـ اذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ؛ فلم يتدخل البائع فى الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع البائع اثبات تدليس المشترى أو خطأه الجسيم .

٣ ـ اذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع فىالدعوى ، وأقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع اثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

٤ ـ اذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقـاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كـان يـؤدى الى رفضها .

٥ ـ اذا سلم المشترى للمتعرض بحقه دون دعـوى يرفعهـا المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه (٢).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان من احكامالبيع المقررة فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى ، التزام البائع بان يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا ام غير مسجل بحيث لايترتب على عدم تسجيل المشترى عقد شرائه سقوط حقة فى الضمان ، لان التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ، ويتعين على البـائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيـا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فاذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامة بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته . نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشترى اخطار البائع فى وقت ملائم عملا بالمـادة ٤٤ من القـانون المـدنى فلا يكون هنـاك محل للاخطار : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السـنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

فاذا وجب للمشترى على البائع ضمان الاستحقاق فى حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (ا) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا ، فيجب على البائع أن يدفع للمشترى تعويضا كاملا طبقا للقواعد التى سنبينها • (ب) واما أن يكون الاستحقاق استحقاقا جزئيا ، فيجب على البائع أن يدفع للمشترى تعويضا بقدر الضرر الذى أصابه على الوجه الذى سنذكره • (جـ) واما أن يكون المشترى قد دفع للمتعرض شيئا فى مقابل حقه صلحا أو اقرارا بهذا الحق ، فيجب على البائع ، اذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض •

ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة •

٣٥٢ ـ الاستحقاق الكلى ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى أن يطلب من البائع » •

« ١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت » •

« ٢ ـ قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع »•

« ٣ ـ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية » •

« ٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ » •

« ٥ ـ وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » •

« كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ

البيع أو ابطاله (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٠٤/٣٧٨ و ٣٠٥/٣٧٩ و ٣٠٦/٣٨٠ و ٣٠٧/٣٨١ و ٣٠٨/٣٨٢ و ٣٠٩/٣٨٣ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤١١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٣٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٥٤ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٣٣ — ٤٣٦ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٨٤ ، وفى التقنين

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا امرين : ١ — فى المشروع التمهيدى كان البند ٣ يذكر المصروفات الضرورية الى جانب المصروفات النافعة . ٢ — لم يشتمل المشروع التمهيدى على العباره الاخيرة من النص وهى : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع او ابطاله » . وفى لجنه المراجعة حذفت كلمه « الضرورية » لانه لا يتصور ان المشترى لايستطيع أن يلزم بها المستحق ، واضيفت العباره الاخيره التى سبق ذكرها حتى يبين أن النص لايستطيع ان يلزم بها المستحق ، واضيفت العباره الاخيرة التى سبق ذكرها حتى يبين ان النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض ولا يخل هذا بحق المشترى فى الفسخ أو الابطال . واصبح النص رقمه ٤٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٣ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ — ص ٩٥ وص ٩٧ — ٩٨) .

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية :
م ٣٠٤/٣٧٨ : اذا كان الضمان واجبا ، ونزعت الملكية من المشترى ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات .

م ٣٠٥/٣٧٩ : التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشترى على المبيع والرسوم المنصرفة منه فى دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسارات الحاصلة له والارباح المقبولة قانونا التى حرم منها بسبب نزع الملكية .

م ٣٠٦/٣٨٠ : اذا نزعت ملكية المبيع من المشترى ، وجب رد الثمن اليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .
م ٣٠٧/٣٨١ : أما اذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه، فتحتسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات .

المدنى الأردنى المادة ٥٠٥ (١) .

والمفروض فى النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقا كليا ، أى

= م ٣٠٨/٣٨٢ : المصاريف الواجب على البائع دفعها فى حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق بها هى المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع .

م ٣٠٩/٣٩٣ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفة من المشترى فى تزيين المبيع وزخرفته .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحيه للمشروع التمهيدى فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق : « يخلط التقنين الحالى (السابق) كما يخلط كثير من التقنينات الاجنبية ، فى هذه المسألة بين الآثار التى تترتب على فسخ البيع وتلك التى تترتب على التنفيذ بطريق التعويض ، من ذلك أن المادتين ٣٠٤/٣٧٨ و ٣٠٦/٣٨٠ من التقنين الحالى (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٠٥/٣٧٩ و ٣٠٧/٣٨١ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الاولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك على أن يختار المشترى لنفسه الطريق الاصلح » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧) . وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى الابطال ، واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التعويض المستحق .

والعبرة فى تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التى اعتبرت تعرضا للمشترى ، فمن هذا التاريخ ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فان كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، والا فان نصوص التقنين الجديد هى التى تسرى .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى المادة ٤١١ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٤ مصرى ـ وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٥ ـ فقرة ١٦٨) .

التقنين المدنى الليبى ٤٣٢ (وهى مطابقة للمادة ٤٤٣ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٤ : ١ ـ اذا استحق المبيع على المشترى وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله أن يسترد ايضا قيمة الثمار التى الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التى صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع المشترى أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٢ ـ اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى ان يسترد فرق ذلك مازادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التى انفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضا عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والظاهر أن التقنين العراقى يخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيىء النية الذى يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيجعل التعويض على الثانى أوسع مدى منه على الاول . والتقنين المصرى يميز تمييزا واضحا بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته الا فيما =

أن المبيع كان مملوكا لغير البائع فانتزعه المالك الحقيقى من يد المشترى،

= يتعلق بالمصروفات الكمالية — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٦ — فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ — فقرة ٢٤٠ — والاستاذ حسن الصراف فقرة ٤٦٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٣٣ : اذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شىء يختص بالضمان ، فالمشترى الذى نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن يطالب البائع : أولا — برد الثمن ثانيا — بقيمة الثمار اذا أجبر المشترى على ردها الى المالك المستحق . ثالثا — بالمصاريف التى صرفها المشترى فى دعوى الضمان وبمصاريف المدعى الاصلى . رابعا — ببدل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار الى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية — على أنه لايحق للمشترى ان يطالبه ببدل العطل والضرر اذا كان عالما وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : اذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصابا بنقص فى قيمته أو بعيب كبير لاهمال ارتكبه المشترى أو لحادث نشأ عن قوة قاهرة ، فالبائع يبقى ملزما برد الثمن . اما اذا كان المشترى قد جنى نفعا من التعييب الذى احدثه فى المبيع ، فللبائع أن يخصم من الثمن مبلغا يعادل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع ان يرد بنفسه الى المشترى أو يحمل المستحق على ان يرد اليه جميع نفقات الترميم والتحسينات المفيدة التى أحدثها المشترى فى المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير اذا كان سىء النية أن يدفع الى المشترى جميع ما صرفه على المبيع للكماليات والمستحسنات .

(وظاهر أن التقنين اللبنانى ، على غرار التقنين الفرنسى ، لا يميز تمييزا واضحا بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الابطال من جهة اخرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٨٤ : ١ — اذا استحق المبيع كله ، كان للمشترى أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحق من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . ٢ — ومع ذلك يقتصر حق المشترى على استرداد الثمن ، اذا اثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق .

وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى ، مع ملاحظة ان التقنين الاخير افاض فى بيان عناصر التعويض ثم عاد فى الفقرة الخامسة من المادة ٤٤٣ واستدرك قائلا وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . ويختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فى أنه قصر حق المشترى على استرداد الثمن فى حالة ثبوت ان البائع كان يجهل سبب الاستحقاق وقت البيع كما ان التقنين الكويتى لم يفرق — كما فعل التقنين المصرى — بين دعوى ضمان الاستحقاق وبين دعوى الفسخ والابطال . =

ويرجع المشترى الآن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشترى يملك - غير دعوى ضمان الاستحقاق - دعويين آخرين ، هما دعوى الابطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير (١) ودعوى الفسخ على أساس أن المشترى يجيز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية (٢) وهاتان الدعويان -

---

= التقنين المدنى الاردنى م ٥٠٥ : ١ - اذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن اذا اجاز البيع ويخلص المبيع للمشترى ٢ - فاذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشترى ان يرجع على البائع بالثمن . ٣ - ويضمن البائع للمشترى ما احدثه فى المبيع من تحسين نافع مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق . ٤ - ويضمن البائع للمشترى الاضرار التى نشأت باستحقاق المبيع .

(ويلاحظ ان التقنين الاردنى اورد فى الفقرة الاولى من المادة المشار اليها حكم بيع ملك الغير فى حالة اجازة الغير ، المستحق للمبيع ، عقد البيع فاجاز له الرجوع على البائع بالثمن . كما ان التقنين الاردنى رتب على استحقاق الغير للمبيع فسخ العقد بحكم القانون واعطى للمشترى الرجوع على البائع بالثمن والتحسينات والتعويض عما لحقه من أضررا) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان المشترى على علم وقت البيع بان البائع لايملك المبيع كان له أن يطالب بابطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك ولكن لايكون له الحق فى اى تعويض : نقض مدنى فى ١٥ اغسطس سنة ١٩٦٧ مجموعه احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢٥ ص ١٥٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان المشرع وان كان قد اجاز للمشترى - طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدنى - الرجوع على البائع له - فى حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق الا أنه يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على اساس ان البائع قد اخل بالتزامه وهو ما اشارت اليه المادة السابق ذكرها بقولها « كل هذا مالم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع او ابطاله » ، ومن مقتضى ذلك أنه فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الاثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدنى وهى ان يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد ان تم فسخه : نقض مدنى فى ١٥ اغسطس سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢٥ ص ١٥٠٠ .

كما قضت محكمة النقض بانه من المقرر قانونا انه اذا انشأ المشرع للدائن اكثر من دعوى ، لاقتضاء حقه كان له أن يختار ما يشاء من بينها . واخلال البائع بالتزام ضمان عدم التعرض والاستحقاق بنشىء للمشترى عدة دعاوى من بينها طلب فسخ عقد البيع . ومفاد المادتين ١/١٥٧ و ١٦٠ من القانون المدنى ان فسخ العقد يعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ويجوز مع الفسخ طلب التعويض ان كان له مقتض، ومن ثم اذا =

الابطال والفسخ — لا شأن لنا بهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرهـا فى بيع ملك الغير ، والأخرى هى دعوى الفسخ المقررة فى العقود الملزمة للجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم اشارة صريحة الى هذا المعنى اذ تقول : « كل هذا مالم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » .

والذى يعنينا هنا هـو التعـويض الواجب فى دعـوى ضـمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدنى قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض فى كل من دعوى الابطال ودعوى الفسخ ، وقد سـبقت الاشارة الى ذلك . وظاهر أن هناك فرقا فنيا واضحا بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الابطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذى انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الابطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، اما بالابطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذى يعطيه البائع للمشترى ليس مبنيا على العقد بعد أن زال . أمـا دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقـد البيع بـاق لم يزل ، اذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض فى ضـمان الاستحقاق الا تنفيذا بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيـذه تنفيذا عينيا،وهذا قاطع فى أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس الا تنفيذا له . ومن ثم كان التعويض فى ضمان الاستحقاق مقدرا على أساس تعويض المشترى عن فقده للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشترى الثمن (١) .

= فسخ عقد البيع لاخلال البائع بأحد التزاماته جاز الزامه برد الثمن مـع التضمينات التى منها مايكون المشترى قد انفقه على المبيع من مصروفات ضرورية : نقض مدنى ١٥ ابريل سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٧ قضائية ، لم ينشر بعد .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد : « آثر المشروع فى بيان مايترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . فضمان الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من =

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق الكلى ، على أساس تعويض المشترى عن فقده المبيع • وحتى تتمثل هذه العناصر تمثلا واقعيا ، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشترى أجرى فيها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعدا ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها •وبعد ذلك رفع شخص على المشترى دعوى استحقاق، فأدخل المشترى البائع ضامنا فى الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وبتعويض للمشترى على البائع • فهذا التعويض الذى يأخذه المشترى من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهريين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولا — قيمة المبيع والفوائد القانونيه : فيدفع البائع للمشترى قيمة الدار فى الوقت الذى رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند الى يوم رفع الدعوى [1] • ويلاحظ فى تقدير قيمة الدار ألا يدخل فى هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية

= عقد البيع ، واذا طالب المشترى به قامت مطالبته على اساس هذا العقد. ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا من قيام عقد البيع ، والمشترى فى رجوعه بالضمان على البائع انما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ،ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العينى للالتزام فلم يبق أمام المشترى الا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض فى هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقدير مدى التعويض » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٥ — وانظر ايضا ص ٩٧) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة — واذا كان المبيع حق انتفاع فى الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداهة عن القيمة وقت البيع (قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعا باهظا يرجع الى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع او استحداث تحسينات فى المواصلات ونحو ذلك ، فمهما كان مقدار الارتفاع يرجع بـه المشترى على البائع لانه قد خسر فعلا المبيع باستحقاقه (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

- أى الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لها حساب آخر سيأتى بعد • وانما يدفع البائع للمشترى قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلا من رد الثمن ، لأن المشترى يطالب بالتعويض على أساس المسئولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو ابطاله كما سبق القول ، فالبيع اذن باق وهو مصدر التعويض (١) • ولا تأثير لمقدار

---

(١) أما اذا كان يطالب على اساس فسخ العقد او ابطاله ، فانه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، اذ بزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، فيسترده المشترى بدعوى استرداد غير المستحق • وقد خلط التقنين المدنى العراقى (م ٥٥٤) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ او دعوى الابطال ، فأوجبا على البائع فى ضمان الاستحقاق رد الثمن • وهذا ما فعله ايضا التقنين المدنى الفرنسى (١٦٣٠ و م ١٦٣١ فرنسى - وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٨ - جوسران ٢ فقرة ١١١١) • .

ويبدو انه مادام المشترى فى القانون المصرى يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فانه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن وهى والثمن معا تقابلهما قيمة المبيع (قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٥٤ - الاستاذ محمد على امام فقرة ٢١٢ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٤٧ - الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٧ - الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢٠ - الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦) • وفى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان المشترى يسترد الثمن ، كان يسترد ايضا مصروفات البيع (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥) • وفى فرنسا رأيان : راى يذهب الى ان المشترى لايسترد مصروفات البيع الا اذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعويضات فلا تلحق بالثمن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٣١ ثالثا - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥١) • ورأى يذهب الى أن المشترى لا يسترد المصروفات ولو كان سىء النية ، وهذا معناه انها تلحق بالثمن ولذلك يستردها المشترى سىء النية اذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون ان ياخذ تعويضا (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ ص ٥٦٩ - بيدان فقرة ٢١٥) •

ويترتب على أن المشترى فى القانون المصرى يسترد قيمة المبيع لا الثمن انه لو كان الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياة ، فان المشترى يبقى ملزما بدفع الايراد للبائع بعد ان يسترد منه قيمة المبيع ، ولايكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولا عينيا لم يرد فيه نص • أما فى القانون الفرنسى ، حيث يسترد المشترى الثمن لا قيمة المبيع ، فانه يسترد ما دفعه من اقساط الايراد ، فيقطع الايراد (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٢٨ مكرر ثالثا - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) •

الثمن على قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلو أن المشترى دفع ثمنا للدار ألفا وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فان الذى يأخذه المشترى من البائع هو قيمة الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . ويأخذ المشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما اذا كان حسن النية أو سيىء النية أى بين ما اذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما اذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيىء النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشترى (٢) . ولما كان المشترى ملزما ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل،فانه يأخذ من البائع تعويضا عن هذا الريع الفوائد بالسعر القانونى (٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية) لقيمة الدار وقت الاستحقاق فهذه الفوائد بالنسبة الى هذه القيمة تقابل الريع بالنسبة الى الدار (٣).

---

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمته وقت البيع اما بفعل المشترى ، ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع او هدم جزء منه ، واما بانخفاض سعر المبيع فى السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشترى او بارتفاع سعر المبيع فى السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحسين طرق المواصلات (الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٥٠) .

ويلاحظ انه اذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشترى ، بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق ، ان يطلب فسخ البيع او ابطاله فيسترد الثمن (الاستاذ محمد على امام فقرة ٣٠٨ — الاستاذ عبدالفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٢ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٤٤٣ من القانون المدنى تقضى بانه اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهى قيمة لاتأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد :نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٣) ويستحق المشترى الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثمارا ، كما لو كان ارضا فضاء معدة للبناء ، وتكون فى هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض،فقد كان المشترى يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو اخذه من البائع =

ويأخذ المشترى الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب.

ثانيا — الثمار : واذا فرض أن المشترى كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فانه يكون ملزما برد الريع الذى قبضه من الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ١٨٥/٢ مدنى) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار الى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثانى من المادة ٤٤٣ مدنى ان المشترى يطلب من البائع « قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ». وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « والمفروض فى ذلك أن المشترى قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه فى التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم (١) .

ثالثا — المصروفات : أما المصروفات التى أنفقها المشترى على الترميمات الضرورية التى أجراها فى الدار ، فهذه يأخذها من المستحق، سواء كان المشترى لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقا للفقرة الأولى من

= فورا بمجرد الاستحقاق (انظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣). ويستحق المشترى الفوائد القانونية دون حاجة للمطالبة القضائية بها ، ويكفى فى سريانها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الاصلية او ادخال البائع فى دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ — الاستاذ عبد المنعم البداروى فقرة ٣١٦ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣).

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ — استئناف مختلط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ — واذا كان سبب الاستحقاق رهنا ونزع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فان الثمار تلحق بالعقار من وقت تسجيل التنبيه (م ١٠٣٧ مدنى) فيحرم منها المشترى ، ويرجع بها على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

المادة ٩٨٠ مدنى اذ تقول : « على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » • ومن ثم لايرجع المشترى على البائع بشىء من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (١) • وأما المصروفات التى أنفقها فى اقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات نافعة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى حكمها • فاذا كان المشترى يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق كان للمستحق أن يطلب منه ازالة هذه الطبقة مع التعويض ان كان له وجه ، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدنى) • واذا كان المشترى لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدةبسبب الاستحقاق ، خير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع مازاد فى قيمة الدار (م ٩٢٥ مدنى) • وفى الحالتين يتحمل المشترى ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحو المتقدم الذكر ، خسارة هى الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة • فهذه الخسارة يرجع بها المشترى على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ، ويستوى فى هذا الرجوع أن يكون المشترى غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو عالما بذلك (٢) • وأما المصعد الذى

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشترى من البائع المصروفات الضرورية التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ فى لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لان المصروفات الضرورية « لا يتصور أن المشترى لا يستطيع ان يلزم بها المستحق » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ و ص ٩٧) — هذا وللمشترى حق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدنى — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢١٠) .

(٢) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق يقضى بذلك (استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . على أنه لا يسترد المشترى من البائع هذا الفرق الا اذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، أما اذا أنفقها بعد رفع هذه =

انشأه المشترى فى الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التى أنفقت فيه مصروفات نافعه ، ويكون حكمها هو الحكم الذى قدمناه فى المصروفات التى انفقت على اقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، فيما اذا كان المألوف فى مثل الدار المبيعة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار فى أية حاجة اليه ، وسنرى حالا حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التى أنفقها المشترى على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (١) ، وحكمها وارد فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدنى وتقضى بأنه « اذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشىء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء الى حالته الأولى الا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة » . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشترى ازالته ، فهو سيتركه للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض : فهل يرجع بهذه المصروفات الكمالية على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن المشترى يسترد من البائع هذه المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية ، أى اذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعلل المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : « أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشترى على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع اذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع . فاذا كان البائع سيىء النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبى فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق اذن للمشترى أن يرجع بالمصروفات الكمالية » (٢) .

= الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ — ٩ يونية ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧) .

(١) وقد تكون فى أحوال نادرة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ .

رابعا — مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف الى عناصر التعويض الذى يرجع به المشترى على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشترى قد بقى خصما فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كعنصر من عناصر التعويض . ثم ان المشترى قد أدخل البائع ضامنا فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق، ففى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات ادخال البائع ضامنا أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضا يلزم بها البائع نحو المشترى ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشترى يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (١) ، فقد يبطىء المشترى فى اخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلا ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الاجراءات فى غير مقتض فتزيد المصروفات . فمازاد منها على هذا النحو لا يرجع المشترى به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأه (٢) . وعلى البائع يقع عبء اثبات أن المشترى كان يستطيع اتقاء المصروفات على النحو المتقدم (٣) .

خامسا — مالحق المشترى من الخسارة وما فاته من الكسب : ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم « بوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب

---

(١) كما لو تكلف مصروفات للحصول على صورة مستند كان موجودا عند البائع وكان يستطيع اخذه منه لو اخطره (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥) .

(٢) انظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ٤ ص ٩٦ .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢١٤ .

بسبب استحقاق المبيع » • وتقول المذكرة الايضاحية أن « ليس فى ذلك الا تذكير بالقواعد العامة » (١) • فالقواعد العامة تقضى بأن التعويض فى المسئولية التعاقدية يشمل كل مالحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع • وقد يكون هذا وتلك عنصرين جديدين فى التعويض فوق العناصر التى قدمناها • مثل ذلك ، فيما لحق المشترى من خسارة، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل اليها من بعيد برفقة البائع وتجشم فى ذلك مصروفات السفر ، فهذه خسارة تحملهــا المشترى فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمــان الاستحقاق (٢) • ومثل ذلك ، فيما فات المشترى من كسب ، أن يكــون الثمن الذى اشترى بــه المشترى الدار قد أعده لاستغلاله فى ناحيــة تدر عليه ربحا معينا ثم تحول عن هذه الناحية الى شراء الدار والبائع يعلم ذلك • فاستحقاق الدار قد فوت على المشترى هــذا الربح المعين الذى كان يجنبه لو أنه استغل ثمن الدار فى الناحية التى فكر فيها مــن قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر مــن عناصر التعــويض فى ضمان الاستحقاق (٣) •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بان لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، ان يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو ان يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره ، وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى اذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع احكام فوائد التأخير المشار اليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع : نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض الســنة ٢٣ رقم ٤١ ص ٢٦١ .

(٣) وفى عهد التقنين المــدنى السابق ، حيث كان البــائع يــرد الثمن للمشترى ، كان يجوز للقاضى أن يحسب ، على ســبيل التعويض عما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب ، فوائــد على الثمن بســعر معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضرورى أن يكون هذا السعر هــو السعر القانونى . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع — عنــدما يجب على البــــائع رد الثمن مــــع التضــــمينات بســـبب =

هذه هى العناصر المختلفة فى التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق (١) ، وقد ذكرها القنون بالنص عنصرا عنصرا ، فأبرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق بمقوماتها الذاتية ، وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الابطال كما سبق القول • وأهم فرق فى التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الابطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشترى عالما بسبب الاستحقاق وقت البيع • ففى دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم فى مقدار التعويض (٢) ، أما فى دعوى الابطال أو دعوى الفسخ

= استحقاق المبيع — ان يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو ان يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية . وليس على القاضى اذا اجرى الفوائد التعويضية على المشترى ان يتبع احكام فوائد التأخير المشار اليها فى المادة ١٢٤ مدنى (السابق) . (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه انما اعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه المتعاقدان فى عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشترى الاتفاق على ان يعوضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى انتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٣٣ .

(٢) والفقه فى مصر منقسم فى هذه المسألة ، فالقائلون باشتراط حسن نية المشترى حتى يكون له الحق فى التعويضات الاخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى ابطال بيع ملك الغير (الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٥٥ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٥) . والقائلون بأن للمشترى الحق فى التعويضات الاخرى ولو كان سيىء النية يستندون الى ان النصوص ميزت تمييزا واضحا بين دعوى ابطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك ، والى أن القواعد العامة فى التنفيذ بطريق التعويض ، وهى القواعد التى تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق ، لا تستبعد التعويض عن الضرر الا اذا كان الدائن هو الذى تسبب فى احداث الضرر ، ولا يجوز التحفظ الا فى حالة ما اذا أمكن تفسير علم المشترى بسبب الاستحقاق اتفاقا ضمنيا على عدم الضمان فيجب عندئذ رد قيمة المبيع دون التعويضات الاخرى ، الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٠٧ — الاستاذ =

فالمشترى يكون سيىء النية ، وقد علمنا فى بيع ملك الغير أن المشترى اذا كان سيىء النية فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدنى) ومن ثم لا يستطيع المشترى أن يرجع على البائع بغير الثمن الذى دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التى سبق ذكرها فى ضمان الاستحقاق . وهذا وحده كاف فى جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة الى جانب دعوى الفسخ ودعوى الابطال ، وجعل المشترى يؤثر عادة أن يلجأ الى هذه الدعوى دون الدعويين الأخريين .

٣٥٣ — الاستحقاق الجزئى — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة

=. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ — ص ١٧٩ — الاستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ — ص ١٢٦ — وقارب الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٩) . أما سوء نية البائع فلا يؤثر الا فى الضرر غير المتوقع كالمصروفات الكمالية ، فيعوض عنه البائع سيء النية دون البائع حسن النية ، وفى غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشترى سيء النية .

وكان القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير ، يشترط حسن النية المشترى حتى يستحق التعويضات الاخرى (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ — استئناف مصر ٢٣ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥/١ ص٥١٨ — ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ — ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ — أول يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠) .

وفى القانون الفرنسى ، حيث تختلط دعوى ضمان الاستحقاق بدعوى ابطال بيع ملك الغير ، يشترط الفقه الفرنسى حسن نية المشترى حتى يستحق التعويضات الاخرى قياسا على القواعد المقررة فى بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشترى تعويضا الا اذا كان حسن النية (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ — بودرى وسينيا فقرة ٣٧٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١١ وفقرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الاسبوعى ١٩٣٧ — ٢٥٣) عدلت اخيرا عن قضائها السابق وذهبت الى ان المشترى يستحق التعويضات الاخرى ولو كان سيىء النية (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٣٢٠) .

المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه » .

« ٢ ــ فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن لـه الا أن أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣١٠/٣٨٤ و ٣١١/٣٨٥ و ٣١٢/٣٨٦ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٥٧ من المشروع النهائى . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلا لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وابقى النص على حالة تحت رقم ٤٤٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ ــ ص ١٠٢) .

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد الاتية :

م ٣١٠/٣٨٤ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانونا كنزع ملكيته كله ، وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به او لم يكن ظاهرا وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته او حق الارتفاق بحالة لو علمها المشترى لامتنع عن الشراء .

م ٣١١/٣٨٥ : ومع ذلك للمشترى فى هذه الحالة ابقاء البيع أو فسخه ، ولكن ليس له أن يفسخه اضرارا بحقوق الدائنين برهن .

م ٣١٢/٣٨٦ : اذا أبقى المشترى البيع ، أو كان الجزء المنتزع ملكيتهمنه او حق الارتفاق على البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشترى أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذى انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع فى وقت النزاع او تضمينات تقدرها المحكمة فى حالة ثبوت حق الارتفــاق .

(وتختلف احكام التقنين السابق عن احكام التقنين الجديد فى أنها هنا ايضا ــ كما فى الاستحقاق الكلى ــ تخلط ما بين الفسخ وضمان الاستحقاق . ثم انها فى حالة استبقاء المشترى للمبيع عند الاستحقاق الجزئى تجعل التعويض مقدرا على وجه خاص هو جزء من الثمن يعادل قيمة الجزء المستحق بالنسبة الى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فاذا كان المستحق حق ارتفاق قدر التعويض طبقا للقواعد العامة . والعبرة فى تطبيــق نصــوص التقنين الجديد ــ كما قدمنا فى الاستحقاق الكلى ــ بتاريخ الواقعــة التى اعتبرت تعرضا للمشترى ، فان كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سـنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، الا فان نصوص التقنين الجديد هى التى تسرى .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المـدنى السورى المادة ٤١٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٣٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٥٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٣٧ — ٤٣٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٨٥ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٠٩ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٢ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٥ : ١ — اذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلا بتكليف لا علم للمشترى به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ — واذا اختار المشترى الباقى من المبيع ، فله أن يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(وحكم التقنين العـراقى يخـالف حكم التقنين المصرى فى أمـرين : ١ — لا يميز التقنين العراقى فى الاستحقاق الجزئى بين استحقاق جسيم لـو علم به المشترى لما اتم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل التقنين المصرى ، فالاستحقاق الجزئى فى التقنين العراقى حكمه واحـد فى جميـع حـالاته . ٢ — وهذا الحكم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع او اسـتبقاء المبيع مع التعويض عن الضرر بسبب الاستحقاق الجزئى . والتقنين المصرى لا يفسخ البيع حتى بعد رد المبيع ، بل يبقى البيع قائما ويكون سببا فى التعويضـات الكاملة المقررة فى الاستحقاق الكلى — انظر فى القانون المدنى العراقى حسن الذنون فقرة ٢١٠ — فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٤١ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٣٧ : اذا لم ينزع من المشـترى الا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة الى المجموع كبير الشأن الى حد ان المشترى لولا وجوده لامتنع عن الشراء ، حق له أن يفسخ العقد .

م ٤٣٨ : اذا لم يفسخ البيع فى حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد الى المشترى قيمة الجزء المستحق بالنسبة الى مجموع الثمن ، مع بدل العطـل والضرر عند الاقتضاء .

م ٤٣٩ : اذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ،وكانت كبيرة الشأن الى حد يمكنمعه التقدير أن المشترى لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد اذا لم يفضل الاكتفاء باخذ العوض .

(ويختلف التقنين اللبنانى فى أن الخيار للمشترى فى ضمان الاستحقاق الجزئى بين فسخ البيع او استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة الى مجموع الثمن مع التعويضات الاخرى ان كان لها مقتض ، أما فى التقنين المصرى فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى دون فسخ البيع =

ويعرض النص للحالة التى لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقا كليا . والاستحقاق الجزئى يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائعا أو مفرزا ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجودا ، ففى هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلا بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهرا ولم يبين البائع عنه للمشترى أو حق انتفاع أو حق حكر . ففى جميع الأحوال التى يستحق

= وبين استبقاء المبيع واخذ تعويضات تقدر طبقا للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٨٥ : ١ — اذا استحق بعض المبيع او ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد ، كان له ان يرد المبيع وما افاده منه ، على أن يعوض فى حدود ما تقضى به المادة السابقة . ٢ — فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة الاولى ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقا لما تقضى به المادة السابقة .

(وهذا النص يطابق مثيله بالتقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى العبارة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٠٩ : ١ — اذا استحق بعض المبيع قبل ان يقبضه كله كان للمشترى أن يرد ما قبض ويسترد الثمن او يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق . ٢ — واذا استحق بعض المبيع بعد قبضة كله واحدث الاستحقاق عيبا فى الباقى كان للمشترى رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقى بحصته من الثمن وان لم يحدث عيبا وكان الجزء المستحق هو الاقل فليس لمشترى الا الرجوع بحصة الجزء المستحق . ٣ — فاذا ظهر بعد البيع ان على المبيع حقا للغير كان للمشترى الخيار بين انتظار رفع هذا الحق او فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن .

(ويختلف حكم التقنين الاردنى عن حكم التقنين المصرى فى ان التقنين الاول اعمل تفرقه بين حدوث الاستحقاق الجزئى قبل القبض أو بعده ، كما ان التقنين الاردنى لم يبح مطالبة المشترى بالتعويض فى حالة استبقاء المبيع كما نص التقنين المصرى واكتفى بالرجوع على البائع بحصة الجزء المستحق ، وفى حالة اختيار المشترى فسخ البيع استرد من البائع الثمن ولم يشر التقنين الاردنى الى حق المشترى فى المطالبة بتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق الجزئى كما فعل التقنين المصرى) .

(١) او مثقل بضريبة تحسين ترتبت على اعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٣٥٢ .

فيها بعض المبيع أو يكون مثقلا بتكليف ، يكون هنا استحقـاق جزئى للمبيع •

ويميز النص فى الاستحقاق الجزئى بين فرضين :

١ — اذا كانت خسارة المشترى بسبب الاستحقاق الجزئى قـد بلغت من الجسامة قدرا لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشـترى أرضا لاقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصـار الباقى غير كاف للوفاء بالغرض المطلوب (١) • وليس من الضرورى هذا الفرض أن يكون المشترى غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئى ، فقد يكون عالما به ولكنه يعتقد أن البائع سيدرآه عنه ، كما اذا كان المبيع مرهونا فى دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين ويشـطب الرهن (٢) •

٢ — اذا لم تبلغ خسارة المشترى بسبب الاستحقاق الجزئى هذا القدر من الجسامة المبين فى الفرض الأول (٣) •

فاذا كانت خسارة المشترى جسيمة بالقدر الذى بسطناه فىالفرض الأول ، كان المشترى مخيرا بين رد ما بقى من المبيع بما أفاده منه الى

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ — ٢٤ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ش ٣٢٨ — ٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١ •

(٢) فاذا لم يقـم البائع بوفـاء الدين ، وترتب على ذلك أن نزع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع فى مقابل الدين ، وجب فى هذه الحالة أن يتبين هل لو علم المشترى بأن هذا الجزء من المبيع ستنزع ملكيته اكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ؟ فان كان لا يقدم على الشراء ، كنا فى نطاق الفرض الاول •

(٣) فاستحقاق ٢١ قيراطا فى أرض مساحتها ٢١ فدانا لا يعد استحقاقا جسيما (استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) • وكذلك ظهور حق حكر على الارض المبيعة ليس من شانه أن يمنع الشراء (استئناف مختلط اول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٤) • وكذلك شراء ارض لتقسيمها وبيعها مجزأة • فاستحق جزء منها ، اذا لم يفت على المشـترى غرضه (استئناف مختلط اول ابريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧) •

البائع ومطالبته بالتعويضات التى يستحقها فى حالة الاستحقاق الكلى ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئى • فاذا اختار رد ما بقـى من المبيـع والمطـالبة بالتعويضات المقررة فى حالة الاستحقاق الكلى ، فان ذلك يبدو طبيعيـا اذ المفروض أن المشترى ما كان ليتم البيع لو عرف الخسارة التى تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئى • ولكن حتى فى هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظا بصفته الخاصة • ذلك أن القواعـد العـامة كانت تقضى بأن المشترى فى هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقى من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات ان كان لهـا مقتض • ولكـن النص يمضى ببقاء البيع لابفسخه • ويقيم التعويضات التى يستحقهـا المشترى على اساس هذا البيع ، فهو بعد ان رد بقية المبيع بما أفـاده منه يعتبر فى حكم من استحق منه المبيع استحقاقا كليا ، فكـان مـن الطبيعى ان يتقاضى من البائع كل التعويضات المقرره فى الاسـتحقاق الكلى • ومن ثم يسترد المشترى من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القـانونيه ، والثمار التى ردها للمسـتحق ، والمصروفـات النافعه والكماليه على التفصيل الذى أسلفناه ، ومصروفـات دعـوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل مالحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذى بيناه فيما تقدم • ويبدو أن المشترى اذا كان يرد بقيه المبيع وما افاده منه الى البائع فى هذه الحاله ، فليس يرد ذلك بناء على ان عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبـه اسـتحق المشترى التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى ، ولكن على أساس أن المشترى لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه التعويضـات الا بعـد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع ، فوجـد المشرع أن الأوفق أن يأخـذ المشترى التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه ، فيصل بذلك مـن طريق سهل الى نفس النتيجة (١) • أما اذا اختار المشترى استبقـاء

---

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالمذكرة الايضاحية فى العبارة الاتية : اما اذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشترى ان يطلب الفسخ ، ولا يكون له =

المبيع فى يده ، فانه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك متوقعا لاننا فى صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئى قد رجع بغش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشترى تعويضا حتى عن الضرر غير المتوقع (١) .

واذا كانت خسارة المشترى بسبب الاستحقاق الجزئى ليست جسيمة بالقدر الذى لو علمه لما أتم البيع ، لم يكن أمامه فى هذه الحالة الا ان يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الاستحقاق الجزئى (٢) ، وذلك طبقا للقواعد العامة على النحو الذى

= الا المطالبة بالتعويض طبقا لما نقدم (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) فهذه العبارة تفرض أنه اذا كان الاستحقاق جسيما ، فالذى يفعله المشترى هو فسخ البيع . ولكن يبدو ان الافضل من الناحية الفنية عدم القول بفسخ البيع فى حالة الاستحقاق الجسيم ، والا لم يكن مفهوما كيف يأخذ المشترى التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى — وهى تفترض حتما ان البيع باق — مع القول بفسخ البيع (انظر الاستاذ محمد على امام فقرة ٣٦٨ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٤٨٦ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ — ١٨٢) .

(٢) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٣١٢/٣٨٩) يقضى ، اذا استبقى المشترى المبيع فى حالة الاستحقاق الجزئى ، بأن يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذى انتزعت ملكيته منسوبة الى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فاذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقا للقواعد العامة . ولم يساير التقنين المدنى الجديد التقنين المدنى السابق فى ذلك ، بل جعل تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة فى جميع الاحوال . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئى هو دائما قيمة الجزء الذى انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٢١٢/٣٨٦ من التقنين الحالى (السابق) «مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١ » .

(٣) فاذا كان الاستحقاق الجزئى من شأنه أن يزيد فى قيمة الجزء الباقى من المبيع ، كان هذا محل اعتبار فى تقدير التعويض عن الضرر الذى أصاب المشترى ، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة . وهذا بخلاف التقنين المدنى السابق الذى كان يقضى برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق ، فلا تكون الزيادة فى قيمة الباقى من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ : نزعت ملكية جزء من =

أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز فى هذا الفرض للمشترى أن يرد بقيــة المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التعويضــات المقــررة فى الاستحقاق الكلى ، فان هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ — رد البــائع ما أداه المشترى للمتعــرض — النصــوص القانونية — نص المادة ٤٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا توفى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القــانونية وجميع المصروفات (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المــدنى السورى المادة ٤٤٢ — وفى التقنين المــدنى الليبى المــادة ٤٣١ — وفى التقنين المدنى العراقى المــادة ٥٥٢ — وفى تقنين الموجبــات والعقــود اللبنانى المادة ٤٤٠ — ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى الكويتى

= المبيع لشق شوارع حسنت من الباقى من المبيع ، فقضى برد جزء مناسب من الثمن ، أما التحسين فلم يمنع الا من اعطاء تعويض آخــر اذ لا ضرر يستحق من أجله التعويض) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجــديد ، وأقرته لجنــة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ — ص ٩٢) .

(٢) ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولما كان نصا يقرر حق استرداد ، فانه لم يكن من الجائز الاخذ بحكمــه فى عهد التقنين المــدنى السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدنى الجديد الا اذا كان الاتفاق الذى يبرمه المشترى مع المتعرض ليتوقى استحقاق المبيع — وهو الســبب القانونى لاستعمال حق الاسترداد — غير سابق على يوم ١٥ اكتوبر ســنة ١٩٤٩ .

ــ وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٠٨ (١) .

وهذا الفرض الذى يعرض له النص شامل لحالتى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، ويجبر على البائع آمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمفروض هنا ان المشترى توقى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقا كليا أو استحقاقا جزئيا ، وذلك بان اتفق مع المتعرض على

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ ــ فقرة ١٧٢)

التقنين المدنى الليبى م ٤٣١ (مطابقه للمادة ٤٤٢ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى ٥٥٢ : اذا اثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشترى على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشترى ان يرجع على بائعه بالضمان .

(وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة فى القانون المدنى المصرى ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما قررنه المادة ٤٤٢ مصرى . ففى القانون العراقى المفروض ان المستحق ثبت حقه فى البيع وحكم له به ، ثم اشتراه منه المشترى ، فيرجع المشترى فى هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كاملا . اما فى القانون المصرى فالمفروض ان المشترى توقى ان يحكم للمستحق بحقه بأن ادى له شيئا فى مقابل هذا الحق ، فيجوز فى هذه الحالة للبائع ان يتخلص من ضمان الاستحقاق بان يرد للمشترى ما اداه للمستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الاخير فى العراق مادام لا يوجد نص بهذا المعنى فى التقنين العراقى ــ قارن الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ ص ١٩٧ هامش ٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٤٠ : اذ تخلص المشترى من الاستحقاق بدفعه مبلغا من المال ، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ الى المشترى مع الفوائد وجميع النفقات .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى : لم يرد به نص مماثل لنص المادة ٤٤٢ من التقنين المصرى .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٠٨ : ١ ــ اذا صالح المشترى مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وانكر البائع حق المدعى كان المشترى أن يثبت ان المدعى محق فى دعواه وبعد الاثبات يخير البائع بين اداء ما يعادل بدل الصلح او رد الثمن الى المشترى . ٢ ــ واذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشترى بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن .

(ويتفق حكم الفقرة الاولى من هذه المادة مع حكم التقنين المصرى ، واورد التقنين الاردنى حكما جديدا بالفقرة الثانية لا مثيل له بالتقنين المصرى ولكن يمكن العمل به فى مصر لانه يتفق مع القواعد العامة) .

ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شىء آخر يؤديه له . فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعا من الاسترداد (retroit) يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعريضات التى بيناها فى حالتى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشترى أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالما من الاستحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فانه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر . وهذا الضرب من الاسترداد نادر ، وليس
خسارته ، فلم ينله أى ضرر . وهذا الضرب من الاسترداد نادر ،
وليس له نظير فى التقنين المدنى الا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قدمناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن يتفق المشترى مع المتعرض على تفادى استحقاق المبيع استحقاقا كليا أو جزئيا بأن يدفع المشترى للمتعرض مبلغا من المال فى مقابل نزول المتعرض عن ادعائه وترك المبيع فى يد المشترى سليما من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالبا عند رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشترى ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أو لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشترى جدية ادعاء المتعرض فيتفق معه على الوجه المتقدم توقيا للاستحقاق وتفاديا من رفع دعوى به وما يجر ذلك من اجراءات ومصروفات . والاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض يكون فى الغالب صلحا ، فيتصالحان على أن يعطى المشترى مبلغا من النقود فى نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ، وعند ذلك يخلص المبيع للمشترى خاليا من النزاع .

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة الى البـائع استحقاقا للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وان كان يستطيع التخلص منه ــ أى استرداد ما كـان يجب أن يدفعه للمشترى من تعويضات بسبب ضمان الاستحقاق — فى مقابل أن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه المشترى للمتعرض وفوائـده القانونية (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية) من يـوم أن دفع المشترى المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المشترى والمتعرض • فيتفادى البـائع بذلك أن يـدفع للمشترى التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد • وغنى عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد الا اذا وجد أن المبلغ الذى سـيرده للمشترى أقـل مـن التعويضات التى كان يدفعها لم بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البـائع أن يدفعه • فالبـائع اذن حـر فى أن يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله فى حالتين :

١ ــ اذا كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشترى قد تسرع فى الصلح معه ، وقد قدمنا أنه فى هذه الحلة لا يكون مسئولا عن الضمان اذا أثبت أن المتعرض لا حق له فى دعواه •

٢ ــ اذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيـد على المبلغ الـواجب رده للمشترى بمـوجب استعمال حق الاسترداد •

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المشترى للمتعرض مبلغا من النقود • فقد يكون المستحق ارتفـاق للمبيع ينكره المتعرض ، فيتفق معه المشترى على أن يكف عن انكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على المبيع • وفى هـذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، الا اذا دفع للمشترى قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشىء عـلـى المبيع لعقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت انشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح •

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض وفاء بمقابل، كأن يكون المبيع مرهونا فى دين ، فيتفق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابلا لهذا الدين سيارة مثلا • وفى هذه الحالــة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاســترداد الا اذا دفــع للمشترى قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونيــة لهذه القيمة من وقت التسليم ومصروفات الاتفاق الذى تم بين المشترى والمتعرض (١) •

ويبدو أنه اذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فان عقــد البيع الأصــلى يبقى قائما بينه وبين المشترى • وهذا العقد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما الا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توقاه البائع باستعمال حـــق الاسترداد كما سبق القول • ويترتب على ذلك أن المشترى يعتبر متلقيا ملكية المبيع من البائع لا من المتعرض ويبقى البائع ملتزما نحو المشترى بســـائر التزامات البائع ، فلو ظهر فى المبيع مثــلا عيب خفى رجــع المشترى على البائع بضمان هذا العيب •

والمفروض فى استعمال البائع لحق الاسترداد على النحــو الذى

---

(١) ونرى من ذلك ان حق الاسترداد بالتفصيلات التى قدمناها قد اعطاه القانون للبائع تيسيرا عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق • وتقول المذكـــرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « اما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الاجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشترى قد توقى استحقاق المبيع كله او بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود او اى شىء آخر ، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق او بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها او لم يتدخل ، فان للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما اداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات • وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الامثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد : انظـــر مثلين آخرين فى استرداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ — ص ٩٢) •

قدمناه أن يكون المشترى قد اتفق مع المتعرض ، وتوقى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما اذا ترك المشترى المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد المبيع من تحت يد المشترى ، ثم اتفق المشترى بعد ذلك مع المستحق على أن يعيد اليه المبيع بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجبا على البائع الأصلى ، ولا يستطيع هذا أن يتوقاه بأن يدفع للمشترى الثمن الذى دفعه هذا المستحق فى البيع الجديد أو قيمة العين التى قايض بها المشترى المستحق على المبيع . فضمان الاستحقاق يبقى فى ذمة البائع ، وتسرى عليه الأحكام التى بسطناها فيما تقدم ، وعلاقة المشترى بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذى تم بينهما والذى بموجبه أعاد المستحق للمشترى الشىء المبيع ، وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة (١) .

٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ — زيادة الضمان أو انقاصه أو اسقاطه — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان » .

« ٢ ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « ويلاحظ ان هذا الحكم لا يطبق الا اذا كان المشترى قد توقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . اما اذا لم يتوق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فانه يجب الرجوع الى القواعد العامة ، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران — م ٥٠٦ — من أنه « لو اثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشترى اليه شيئا وامسك المبيع ، يكون هذا شراء للمبيع من المستحق ، وله ان يرجع على بائعه بالثمن » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ — أنظر المادة ٥٥٢ من التقنين المدنى العراقى آنفا فى نفس الفقرة فى الهامش) .

« ٣ — ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبى » .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتى :

« ١ — اذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا اذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٠١/٣٧٥ ـ ٣٠٣/٣٧٧ (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث فى فقرتين اثنتين . وفى لجنة المراجعة قسمت الفقرة الاولى الى فقرتين لتمييز الحكمين كل منهما عن الآخر ، وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقا بذلك لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ — ص ١٠٤) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل فى الفقرة الثانية على « عبارة الاستحقاق » فأضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ وص ١٠٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٠١/٣٧٥ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للبيع ، انما اذا كان هذا الاشتراط حاصلا بألفاظ عامة وصار نزع الملكية من المشترى ، فلا يلزم البائع الا برد الثمن دون التضمينات .

م ٣٠٢/٣٧٦ : لا تبطل ملزومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤١٣ — ٤١٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٣٤ — ٤٣٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٥٦ — ٥٧٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٣٠ — ٤٣٢ و ٤٣٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٤٨٦ — ٤٨٨ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ٥٠٦ — ٥٠٧ و ٥١٠ (١) .

= إلا إذا ثبت علم المشترى وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع فى جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٢٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق المدعى فى استحقاق المبيع ناشئاً عن فعل البائع .

(والأحكام واحدة فى التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصوص التقنين الجديد أوفى وأكثر شمولا للحالات المختلفة : المذكرة الإيضاحية للمشروع فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥ مصرى ؛ فيما عدا أن النص السورى قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصرى ، فلا يكفى إذن فى التقنين السورى قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصرى ، فلا يكفى إذن فى التقنين السورى أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه للمشترى حتى لا يضمنه البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٤٦ مصرى) .

وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٣ — فقرة ١٨٠ .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٤ — ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ — ٤٤٦ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصرى) .

م ٥٥٧ : ١ — إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ — أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولا عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصرى فى أن البائع — عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير — يكون مسئولا فى التقنين المصرى عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفى التقنين العراقى عن رد الثمن . ولم يرد فى التقنين العراقى العبارة الأخيرة الواردة فى نص التقنين المصرى « إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة — انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٢٩ — فقرة ٢٣٥) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التى قدمناها ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير — كالاتفاق على تعديل أحكام

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانونى ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم الزام البائع بضمان ما .

م ٤٣١ : ان البائع ، وان اشترط عدم الزامه بضمان ما ، يبقى ملزما عند تمام الاستحقاق ، برد الثمن ، الا اذا كان المشترى قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر انظر ايضا المادة ٤٣٩ آنفا فقرة ٣٥٣ فى الهامش .

(والاحكام واحدة فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، الا أن التقنين المصرى أكثر تفصيلا) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٨٦ : لا يضمن البائع حقا ينتقص من انتفاع المشترى بالمبيع اذا كان قد ابان عنه للمشترى وقت التعاقد ، أو كان هذا الحق ارتفاقا ظاهرا أو ناشئا عن قيد قانونى على الملكية .

م ٤٨٧ : ١ — يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو اسقاطه . ٢ — ومع ذلك يقع باطلا كل شرط بانقاص الضمان أو اسقاطه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئا عن فعله .

م ٤٨٨ : اذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فان البائع يكون مع ذلك مسئولا عن رد الثمن ، الا اذا اثبت ان المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو انه اشترى ساقط الخيار .

(وهذه النصوص تتفق فى الحكم مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٠٦ : ١ — لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط . ٢ — ولا يمنع علم المشترى بان المبيع ليس ملكا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق .

م ٥٠٧ : لا يملك المشترى الرجوع على البائع اذا كان الاستحقاق مبنيا على اقراره أو نكوله عن اليمين .

م ٢/٥١٠ : واذا كانت القيمة التى ضمنها المشترى اكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق مع ضمان الاضرار التى يستحقها وفقا للفقرة ٤ من المادة ٥٠٥ .

(ويؤخذ من هذه النصوص مايلى : ١ — يستفاد من الفقرة الثانية من المادة ٥٠٥ ان التقنين الاردنى اجاز ضمنا الاتفاق على زيادة الضمان ٢. — لم يبح التقنين الاردنى الاتفاق على عدم ضمان البائع عند الاستحقاق بصفة مطلقة وافسد البيع اذا اقترن بهذا الشرط . ولم يفرق بين الاستحقاق بفعل البائع أو بفعل الغير : ٣ — لم يعالج التقنين المدنى الاردنى حالة حق الارتفاق الظاهر أو الذى ابانه البائع للمشترى وقت العقد) .

ضمان التعرض الصادر من البائع — قد يكون اتفاقا على انقاصه ، أو اتفاقا على اسقاطه ، أو على تحديد قيمة التعويض الذى يستحقه المشترى عند تعرض الغير له (١) .

ويجب فى جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحا فى أن ارادة المتبايعين قد انصرفت الى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق فى عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشترى جميع أنواع التعرض القانونى والفعلى ، أو أن البائع يضمن للمشترى جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئا فى أحكام الضمان التى سبق بسطها ، وانما هى ترديد للقواعد العامة فى هذا الشأن فى وضع يريد المتعاقدان به ابراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذه الالتزام ولكن دون ادخال أى تعديل فى أحكامه (٢) . ويراعى أيضا أن الاتفاق على اسقاط

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه انما اعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان فى عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشترى الاتفاق على ان يعوضه البائع فى حالة حصوله تعرض له فى انتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد فان الحكم لا يكون قد اخطا فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٤٥ ص ٩٣٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٢ — بودرى وسينيا فقرة ٣٩٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ — وقد قضت محكمة النقض بانه اذا لم يذكر فى عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فان القانون يفرض ان المتعاقدين أرادا ما بينه فى مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان — اذا هو أراد تشديد الضمان على البائع — ان يبين فى العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون — اما اشتمال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة ، فانه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان اشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه ، لانه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدنى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وانظر ايضا استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة ٤٢ رقم ١٧٠ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ — ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٣٩ .

الضمان أو على انقاصه يجب عدم التوسع فى تفسيره ، فان المشترى بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والنزول عن الحق يفسر تفسيراضيقا طبقا للقواعد العامة .

٣٥٦ — الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيرا فى العمل ، فان القواعد العامة فى أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشترى كل تعرض من الغير ، وتكفل له تعويضا كافيا يزيد فى كثير من الأحيان على التعويض الذى يخوله اياه دعوى الفسخ أو دعوى الابطال على النحو الذى قدمناه .

على أن المشترى قد يزيد فى الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هى فى الأصل ليست داخلة فى الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة فى التعويض الذى يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلة فى الأصل فى الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشترى على البائع أن يرجع عليه بالضمان اذا نزعت ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل فى

= وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الاصل انه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع او عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات اذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض او الاستحقاق ، الا ان التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الابراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما . وانه وان كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بالفاظ عامة لا يعتبر تعديلا فى الاحكام التىوضعها القانون لهذا الالتزام ، الا أنه اذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض او الاستحقاق ، فانه فى هذه الحالة بدل النص على شرط الضمان فى العقد — وهو اصلا لا حاجة اليه — على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تامينا لا يكون الا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع (نقض مدنى فى ٧ يولية سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٢٦ — ويحسن أن تحدد المدة التى اذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة فى خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محددا فيسهل اعماله (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٩) .

الأعمال التى يضمنها البائع طبقا للأحكام العامة فى الضمان ، فزاد المشترى ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشترى فى الأعمال التى يضمنها البائع ، ولكنه يعدل فى شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكماليه ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية الا اذا كان البائع سيىء النية (١) . ومثل التعديل فى الشروط أيضا أن يحتفظ المشترى لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئى ، فى رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئى غير جسيم ، والأصل كما رأينا أنه لا يجوز ذلك الا اذا كان الاستحقاق الجزئى جسيما بالقدر الذى لو علم به المشترى لما أتم البيع . ومثل التعديل فى الشروط أخيرا أن يشترط المشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلا متى علم المشترى بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم الا اذا وقع التعرض فعلا (٢) . ومثل زيادة الضمان عن طريق زيادة التعويض آ نيشترط المشترى ، عند استحقاق المبيع استحقاقا كليا ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد الا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

٣٥٧ — **الاتفاق على انقاص الضمان** : وهذا الاتفاق ، بخلاف الاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيرا فى العمل . ويتناول هو أيضا اما الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها (٣) ، أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه . مثل التقليل من الأعمال الموجبة للضمان أن يشترط البائع على المشترى عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

(٢) انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٣٧٠ .

(٣) ويعفى من الضمان اطلاقا فيما يتعلق بالاعمال التى اتفق على استبعادها (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

خفية لا يعلم بها البائع أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع اذا ظهر فيما بعد انها غير موجوده ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع فى حاله ما اذا كان هذا الاستحقاق مترتبا على ابطال سند ملكيه البائع لعيب معين فيه . ومثل انقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشترى ،عند الاستحقاق الكلى ، ألا يرجع عليه الا بالثمن ولو نقص عن قيمه المبيع وقت الاستحقاق [1] ، أو الا يرجع عليه بالمصروفات أصلا ولو كانت نافعه ولم يستردها المشترى من المستحق كامله ، أو الا يرجع عليه بتعويض اصلا فلا يستردها المشترى من المستحق كامله ، او الا يرجع عليه بتعويض أصلا فلا يسترد الا الثمن أو لا يسترد الاقيمة المبيع وقت الاستحقاق »

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى كما رأينا : « ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبى » . فاذا كان البائع ، وهو يشترط انقاص الضمان فى خصوص حق معين قد يظهر لأجنبى على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلا وقت البيع ويكتمه عن المشترى ، فانه يكون بذلك قد ارتكب غشا واشترط عدم مسئوليته عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . فالنص المتقدم اذن ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، ويكون الاتفاق على انقاص الضمان باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبى .

على أنه لا يكفى مجرد علم البائع بحق الأجنبى وقت البيع حتى يقال انه أخفاه عمدا من المشترى ثم اشترط عدم الضمان . فقد يكون البائع عالما بحق الأجنبى دون أن يخفيه عن المشترى ، بأن يكون نفسه عالما بهذا الحق كالبائع ، ورضى باشتراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففى هذه الحالة لا يكون الشرط باطلا لأن البائع لم يخف عن

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

المشترى شيئا . بل قد يكون المشترى غير عالم بحق الأجنبى ، ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق اذا كان يعتقد أن المشترى عالم به عندما اشترط عدم ضمانه اياه . فلا يكون البائع فى هذه الحالة أيضا قد تعمد اخفاء حق الأجنبى عن المشترى حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون الشرط صحيحا . أما اذا كان البائع يعلم بحق الأجنبى، ويعلم فى الوقت ذاته أن المشترى لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر المشترى بوجوده ، فانه يكون فى هذه الحالة قد تعمد اخفاء حق الأجنبى ، ويكون شرط عدم الضمان باطلا ، ويضمن البائع للمشترى الاستحقاق الناشىء من ظهور حق الأجنبى بالرغم من هذا الشرط .

ويلاحظ أنه اذا كان من البائع والمشترى عالمين بحق الأجنبى وقت البيع ، لم يكن هذا وحده كافيا للقول بأن هناك شرطا ضمنيا بعدم ضمان البائع لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالمين به ومع ذلك أمل المشترى أن يدفع البائع عنه تعرض الأجنبى بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبى على النزول عن حقه.فاذا لم يتحقق أمل المشترى فى هذه الحالة، ولم يستطع البائع أن يدفع تعرض الأجنبى ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشترى بضمان الاستحقاق على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق . وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على انقاص الضمان اتفاقا ضمنيا ، فالاتفاق الضمنى يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشترى بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقا ضمنيا على عدم ضمان هذا السبب، ولكن يشترط فى ذلك أن يقترن هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة فى استخلاص شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبى فى تقدير الثمن أو فى شروط البيع الأخرى (١) .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٣٢ — وقد يشترط الضمان فى العقد ويكون المتبايعان عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق ، ففى هذه الحالة يدل شرط الضمان فى العقد — وهو اصلا لا حاجة اليه — =

والاتفاق على انقاص الضمان ، بخلاف الاتفاق على اسقاط الضمان كما سنرى ، يبقى صحيحا حتى لو كان سبب الاستحقاق آتيا من جهـة البائع فيجوز للبائع أن يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشىء من رهن هو الذى رتبه على المبيع قبل البيع ، أو عدم ضمان الاستحاق الناشىء من ابطال سند ملكيته للمبيع لسبب هو مسئول عنه (١) • ولكن يبطـل هذا الاتفاق اذا كان سبب الاستحقاق راجعـا الى غش البـائع ، اذ لايجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه • فلا يجوز أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشىء من بيعه المبيع مرة أخرى لمشتر ثان يتقدم على الأول بسبقه الى التسجيل فى العقار أو الى الحيازة فى المنقـول (٢) •

= على أن الغرض منه تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون الا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) •
وقد يثبت أن المشترى كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع ، وانه أقدم على الشراء مجازفا وتحت مسئوليته ، فلا يكون له الحق فى طلب التضمينات ، ولكن يحق له استرداد الثمن الا اذا اشترى ساقط الخيـار (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٢٧ — وانظر أيضا استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ — ١٠ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) • وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه اذا كان المشترى عالما بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذى يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ فى حالة الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧٦) •
وقد قضت محكمة النقض بان تقدير علم المشترى بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته ونفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضـوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك مادامت الاسباب التى يقيم عليها قضـاءه سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها : نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٧٧ ص ٥٦٤ •

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٠٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـرة ١٢٣ ص ١٣٣ •

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ •
أما اشتراط اسقاط الضمان أصلا — لا مجرد انقاصه — عن التعرض الصادر من البائع نفسه ، فقد رأينا أنه غير جائز ، ولو كان الضمـان غير ناشىء من غش البائع بل عن فعله فقط (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٥) •

٣٥٨ — خصوصية فى حقوق الارتفاق : وكان مقتضى القواعد التى قررناها أن البائع اذا أراد اسقاط ضمانه لحق ارتفاق على المبيع ، وجب أن يشترط عدم الضمان ولا يكفى أن يكون المشترى عالما بوجود هذا الحق على المبيع ، ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها فى هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتى « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا . أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » (١) . فيكفى اذن أن يكون المشترى عالما بحق ارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لايكفى، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق فى هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففى حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن اما باشتراطه عدم الضمان (٣)

---

(١) ويضيف القانون المدنى الفرنسى الى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق المستاجر وكل حق من شأنه ان ينقص الانتفاع بالعين وانما يعرضها لخطر نزع الملكية (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٨ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨) . ولايجوز فى القانون المصرى التوسع ، فقد قصر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به فى الحكم اى تكليف آخر كحق انتفاع أو حق حكر (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٠ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦ — عكس ذلك الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٠) .

(٢) وتحمل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة فى حقوق الارتفاق، عندما كان القانون الرومانى يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لان التنظيم الاقتصادى للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشترى يتوقع دائما أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تنتقل هذه التقاليد كاملة بل تركت اثرها فى جعل حق الارتفاق الظاهر او الذى اعلم به البائع المشترى لا يضمنه البائع (أنظر آنفا فقرة ٣٢٥) .

(٣) واذا اشترط البائع اسقاط الضمان اطلاقا ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشترى وقت البيع ، فان البائع يبقى ملتزما بضمان ماكان منها ناشئا عن فعله ، الا اذا ابان عنه للمشترى . اما اذا اخفاها عنه، وكذلك اذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله واخفاها عن المشترى (م ٣/٤٤٥ مدنى) ، فان الاتفاق على اسقاط الضمان يكون باطلا =

واما بأن يثبت أن المشترى قد علم بحق الارتفاق لأنــه ظاهر أو أبـــان عنه البائع ، أما فى الحقوق الأخرى فان البائع يكون غير ضامن باشتراطه عدم الضمان ولا يكفى اثبات علم المشترى بها عن أى طريق (١) .

=. (بودرى وسينيا فقرة ٤١٣) . فلا يبقى اذن الا حالة ما اذا كان البائع لايعلم بحق ارتفاق على المبيع وكذلك لا يعلمه المشترى وقت البيع ، فان اشتراط اسقاط الضمان فى هذه الحالة يعفى البائع من التعويضات ، ولكن لا يعفيه من رد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب وجود حق الارتفاق .

أما اذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فهذا شرط فى انتقاص الضمان لا فى اسقاطه . ومن ثم يصح ، ويصل الى مدى أبعـد من شرط اسقاط الضمان . ذلك ان البائع ، اذا كان يضمن فى هذه الحالة حقوق الارتفاق الناشئة من فعله او التى يعرفها واخفاها عن المشـــترى ، فانه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يعلمها هو ، سواء علمها المشترى أو لـــم يعلمها . فلا يضمن اذن حق ارتفاق يجهله هو والمشترى ، ويعفى فى هـــذه الحالة حتى من التعويضات ، وهو لا يعفى من التعويضات فى حالة اشتراط اسقاط الضمان (قارب كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١٨) .

(١) ويلاحظ ان قيود الملكية ــ كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ــ ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشترى يعرفها أو ينبغى ان يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشترى ، ســـواء كانت ظاهرة او غير ظاهرة ، وسواء اثبت البائع أن المشترى يعرفهـــا او لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ ــ بودرى وسينيا فقرة ٣٨٧ ــ دى باج ٤ فقرة ١٣٩ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٧ ــ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ ــ جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ ــ الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى رقم ٣٥٨ ــ الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٤١ ــ الاستاذ محمد على امام ص ٣٤٥ ــ الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقـرة ٣٠٢ (ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيودا بل ارتفاقات لانها لا تنشأ الا اذا طلبها من يريد تقريرها) .

والعقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هى ايضا قيودا على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لايضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية او قانونية كحق الارتفاق الناشىء من خط التنظيم فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هى قيود قانونيـة المفروض أن المشترى يعرفها (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ . وانظر ايضا استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ــ بودرى وسينيا ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا اشترى شخص عينا قد صدر مرسوم بنزع ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها فى الشارع ، فليس له ان يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء =.

وليكون علم المشترى بحق الارتفاق نافيا لاسقاط ضمان البائع، يجب كما قدمنا أن يكون المشترى قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولا) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهرا ، فيستطيع المشترى وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١). ويخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفى لاسقاط

= (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩). ولكن اذا تعمد البائع اخفاء خط التنظيم عن المشترى ليحصل على ثمن اعلى، فانه يكون قد غش المشترى ، ويرجع هذا بدعوى التدليس (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيرا محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع فى خط التنظيم يعد عيبا خفيا فى حكم المادة ٤٧٧ مدنى ، لانه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التى تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجارى وما يستفاد مما هو مبين بالعقد وطبيعة العقار المبيع والغرض الذى أعد له وهو استعماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس فى استطاعة المشترى اذا فحص المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يتبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لان العيب لايمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لايكفى مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشترى أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدنى تنص على ضمان البائع اذا وجد المبيع مثقلا بتكليف charge وكانت خسارة المشترى من ذلك بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد . وعبارة « تكليف » تشمل بعمومها كافة حقوق الارتفاق اتفاقية كانت أو قانونية ، كما انها تمتد الى القيود القانونية التى تحد من نطاق حق الملكية ، والعقار الداخل فى خط التنظيم يكون مثقلا بتكليف لمصلحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ٤٤٤ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٣ — لكن اذا كان حق الارتفاق ظاهرا ، ومع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود او أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٩ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٥٥ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٦٥ هامش ١ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥) . واذا كان للمبيع حق ارتفاق ظاهر ، فان البائع يضمنه ولو لم يفرد بالذكر فى عقد البيع . فاذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن اطمأن المشترى الى وجوده الظاهر ، جاز للمشترى الرجوع على البائع بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٠ — دى باج ٤ فقرة ١٣٩ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٩ الاستاذ محمد على امام فقرة ٣٤٦ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٠ — استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٤ — ٩ ابريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ — وانظر =

الضمان ، علم المشترى فعلا بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانيا) اذا لم يكن حق الارتفاق ظاهرا ، فيكفى أن يعلم البائع المشترى بوجود هـذا الحق (١) . وليس هذا الاعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد اعلام بوجود الحق ، فيصبح المشترى عالما به ، وسكوته فى هذه الحالة رضاء ضمنى باسقاط ضمان البائع (٢) . ويبدو من صياغة نص الفقـرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى السـالفة الذكر (٣) أن المشـترى يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقين أو من كليها (٤) ، فلا يكفى لاسقاط

= خلافا فى هذه المسألة مع ترجيح هذا الرأى انسيكلوبيدى داللوز لفظ Vente فقرة ١٣٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ضمن البائع خلو المبيع من أى حق ارتفاق ، فظهور ارتفاق مطل على المبيع يوجب الضمان اذا كان المشترى قد اعتقد أنه موجود على سبيل التسامح (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩) .

(١) ويجب أن يعلمـه بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يكفى التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ١) — ولا يوجد شـكل خاص للاعلام ، فيصح أن يكون شـفويا ، ولكن البائع يحمل عبء اثبات أنه أعلم المشترى بوجود حق الارتفاق .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـدد : « واعلام البائع للمشـترى بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطا من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترنا بعلم المشـترى بسبب الاسـتحقاق يرجع المشترى بشىء على البائع : ويقوم مقام اعلام البائع للمشترى بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهرا للمشترى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) . ويلاحظ أن العبارات المتقدمة تجعل اعلام البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق يقوم مقام أمرين ، شرط عدم الضمان وعلم المشترى بسبب الاسـتحقاق ، كما كان الاتفاق على انقاص الضمان يقتضى الامرين معا . أن الذى يقتضى الامرين معا هو الاتفاق على اسقاط الضمان اطلاقا لا عـلى مجرد انقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على انقاص الضمان لا على اسقاطه .

(٣) وهى تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى المقابلة ، ومن ثم جاز فى القانون المدنى الفرنسى — وهو أقرب الى تقاليد القانون الرومانى السالفة الذكر — أن يحصل المشترى علمه بحق الارتفاق من أى طريق آخر (بودرى وسـنيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٨) . قارن دى باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٤) أنظر من هذا الرأى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٥٥ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى =

الضمان أن يكون المشترى عالما بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ،أويكون عالما به من قبل دون أن يخبره به أحد • ذلك أن علم المشترى بحق الارتفاق الذى يترتب عليه اسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علما ينطوى فيه معنى اسقاط الضمان • فكون حق الارتفاق ظاهرا كاف فى جعل البائع يعتقد أن المشترى يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه باسقاط الضمان • وكون البائع نفسه هو الذى تولى اعلام المشترى به كاف هو أيضا فى افتراض أن هذا الاعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان • أما علم المشترى بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتوافر فيه هذا المعنى • ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق اذا كان مسجلا ، ولكنه لم يكن ظاهرا ولم يعلم به البائع المشترى ، فان مجرد تسليمه لا يستخلص منه علم المشترى به العلم الواجب لاسقاط ضمان البائع ، فما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل لزمه الضمان (١) •

= فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ فى أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات) . وانظر عكس ذلك : الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٥٥ و ٢٥٩ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(١) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ — الاستاذ محمد على امام ص ٣٤٥ الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ هامش ٢ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠٣ — الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ — الاستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٨ — ومع ذلك اذا وجد شرط فى البيع يقضى باحترام المشترى لحقوق الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشترى وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان المدين المنزوع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، وفضلا عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراسى عليه المزاد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية ، فان تحدى هذا الاخير بحسن نيته وادعاءه عدم علمه بوجود هذا الحق يكون غير منتج (نقض مدنى ١٤ ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .

وفى القانون الفرنسى ، الذى هو أقرب الى تقاليد القانون الرومانى كما قدمنا ، يذهب اكثر الفقهاء الى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشترى به ولا يسقط حقه فى الرجوع بالضمان . لوران ٢٤ فقرة =

٣٩٥ — الاتفاق على اسقاط الضمان : وقد يصل البائع الى حد أن يشترط على اشترى اسقاط ضمان الاستحقاق اطلاقا (١) ، فلا يكون البائع مسئولا اذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (٢) أنه اذا اشترط البائع عدم الضمان (٣) على هذا النحو ، فانه يبقى مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٤٤٦/١ مدنى) . ولكن هل يجوز الاتفاق على اسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على هذا السؤال ، أولا ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلا اذا كان البائع قدتعمد اخفاء حق لأجنبى يعلم أنه موجود وقت البيع . فاذا كان البائع يعلم مثلا أن المبيع عليه حق ارتفاق خفى لعقار مجاور ، فيكتمه عمدا عن المشترى ، ثم يشترط اسقاط الضمان اطلاقا دون أن يذكر سببا معينا للاستحقاق ، ثم يتبين

= ٢٦٩ — جيوار ١ فقرة ٤١٠ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٥٥ — بودرى وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٥٣٩) — جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ داللوز الانتقادى ١٩٤١ — ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء الى ان مجرد تسجيل حق الارتفاق بفرض علم المشترى ويسقط حقه فى الضمان (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦٠٤ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١) . ويقول بعض آخر انه مع التسليم جدلا بان حق الارتفاق المسجل يعتبر معلوما من المشترى ولو لم يعلم به فعلا ، فانه يجب استثناء حالتين من هذه القاعدة : ١ — حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رب الاسرة ، فهذه لا تسجل . ٢ — حق ارتفاق لم يسجل الا بعد البيع وان كان قد سجل قبل تسجيل البيع ، فانه لا يكون معلوما من المشترى ومع ذلك يكون نافذا فى حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله (بيدان ١١ فقرة ١٩٨) .

(١) ويعتبر شرط اسقاط لضمان التعرض الصادر من الغير ان يشترط البائع أنه غير مسئول الا عن التعرض الصادر عن شخصه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٣٦ .

(٣) المراد بعدم الضمان هنا هو اسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة « عدم الضمان » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى ، فان المراد بها انقاص الضمان لا اسقاطه (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشترى عندما قبل شرط اسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمدا عن المشترى ، فان البائع يضمن للمشترى الاستحقاق الناشىء من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع اسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثانيا ، بأنه اذا اشترط البائع اسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع اخفاء سبب الاستحقاق عن المشترى ، فان البائع يبقى مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (١) بالرغم من شرط اسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرده ، لا يعفى البائع من المسئولية عن التعويض ، أما المسئولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٢) .

وتجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثالثا ، بأنه اذا أراد البائع — الذى لم يتعمد بطبيعة الحال اخفاء سبب الاستحقاق عن المشترى — اعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضا من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفى أن يشترط اسقاط الضمان ، بل يجب أيضا أن يثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (٣) ، أو يثبت أن المشترى عندما قبل

---

(١) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدنى الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدنى ، ويبدو أن الفوائد تدخل فى التعويضات فأغفلها النص عمدا (انظر الاستاذ عبد المنعم البداروى ص ١٩٥ هامش ١) .

(٢) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ — واذا كان الاستحقاق جزئيا ، ولم يكن جسيما ولكن المشترى اختار استبقاء المبيع ، فلا يسترد المشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٦٧ هامش ١) .

(٣) استئناف وطنى ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ — ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ — استئناف مصر ١٦ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ — استئناف مختلط =

شرط اسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وقد أقدم عليه مخاطرا (١) . ففى هاتين الحلتين — حالة شرط اسقاط الضمان مع علم المشترى بسبب الاستحقاق وحالة شرط اسقاط الضمان مع قبول المشترى البيع ساقط الخيار — يكون من الواضح أن البيع عقد احتمالى أقدم عليه المشترى محتملا خطره ، وقد روعى ذلك بطبيعة الحال فى تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك اذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولا نحو المشترى عن شىء (٢) . ولا يشترط فى اعفاء البائع من الضمان على هذا النحو ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط اسقاط الضمان مقترنا بعبارة أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار . بل يكفى فى ذلك أن يكون شرط اسقاط الضمان واضحا فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقدا احتماليا ، وانه فى حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع

---

٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ٣٠ اكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ — ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ — ٢٥يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١ — ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٠ — ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص٢٤ — ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٧ .

ويستوى ان يكون البائع نفسه عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق او غير عالم (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧) .

(١) استئناف وطنى ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويكون البائع غير مسئول عن رد شىء ما اذا صحب شرط عدم الضمان احد امرين : علم المشترى بسبب الاستحقاق او شراؤه ساقط الخيار ، لان البيع فى هذه الحالة يكون عقدا احتماليا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) — وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٥ ص ١٤٩ — ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ — ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦ — ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٧ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشترى ، حتى فى هذه الحالة ، أن يدخل البائع خصما فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الاجنبى حتى يتعاون معه فى دفع الدعوى ، فاذا حكم للمستحق بالرغم من ذلك لم يكن للمشترى ان يرجع بضمان الاستحقاق على البائع =

مسئولا عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هـذا المعنى دون أن يذكر أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار ، كـأن يذكر المشترى أنه لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئا اطلاقا ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكتفى المتبايعان بذكر أن المشـترى قد اشترى ســاقط الخيار ، دون أن يذكر شرط اسقاط الضـمان (١) . ذلك أن شراء المشترى ساقط الخيار يفترض حتما شرط اسقاط الضمان ، أما شرط اسقاط الضمان فلا يفترض حتما أن المشترى قد اشترى ساقط الخيــار (٢) .

٣٩٥ مكررا — تقادم ضمان الاستحقاق : ضمان الاستحقاق يعتبر التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه . فاذا نجح فى استصدار حكم نهائى باستحقاقه للمبيع ، ثبت للمشـترى ضـمان الاستحقاق وحق له الرجوع على البائع بما يخوله هذا الضمان مـــن حقوق خلال الخمسة عشر سنة التالية لصدور الحكم النهائى باستحقاق المبيع للغير . فاذا تراخى المشترى وسكت عن مطالبه البائع له بالضمان طوال تلك المدة سقط حقه بالتقادم .

= (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٣) . ويجب على كل حال فى حالتى شرط اسقاط الضمان مع علم المشترى بسـبب الاستحقـاق وشرط قبـول المشترى الشراء ساقط الخيار ، ان يكون البائع حسن النية ، أى يكون قـد اطلع المشترى على كل سبب يعلمه يحتمل أن يكون مصـدرا للاسـتحقاق (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ — قارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفى لاسقاط الضمان ان يكون المشترى عالما بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ — ص ٤١٨) .

هذا وقد كانت المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق تنص على ان « كل شرط فى قائمة شروط البيع يقضى بعدم ضمان الاستحقاق او بان يكون المشترى ساقط الخيار لايترتب عليه الا الاعفاء من التضمينات لا من رد الثمن » . فهذا النص يفارق الاحكام التى قدمناها من ناحتين (أولا) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يعفى من رد الثمن . وانما يعفى من رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (ثانيا) شراء المشترى ساقط الخيار كان من الواجب أن يعفى =

ويبدا التقادم المسقط لضمان الاستحقاق اعتبارا من تاريخ صدور الحكم النهائى بالاستحقاق لا من وقت رفع دعوى الاستحقاق يستوى فى ذلك حكم التقنين المدنى القائم والتقنين المدنى السابق .

وقد قضت محمكه النقض بانه اذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فان لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة الى هذا الضمان الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به ، ومن ثم فان القول ببدء سريان التقادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند ، اذا ان حكم القانون فى هذه المسألة واحد فى التقنين القديم والقائم (١) .

= ايضا من التضمينات . وظاهر ان نص تقنين المرافعات السابق لم يتسق مع نصوص التقنين المدنى . ولكننا مع ذلك لا نرى مانعا من القول ، مع الأستاذ عبد المنعم البدراوى (فقرة ٣٣١) ، بأن الاحكام الواردة فى تقنين المرافعات تسرى فى العلاقة فيما بين الراسى عليه المزاد والدائنين (فيجوز للراسى عليه المزاد ان يرجع على الدائنين بالثمن على قاعدة الاثراء بلاسبب، ولا يعفيهم شرط عدم الضمان او اقرار المشترى انه اشترى ساقط الخيار الا من التضمينات) ، اما احكام التقنين المدنى فتبقى سارية فيما بين الراسى عليه المزاد والبائع (قارن الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٦٥ والاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ — ص ١٩١) .

وقد نص التقنين المرافعات الحالي فى المادة ٤١٦ على انه « اذا استحق المبيع كان للمشترى الرجوع بالثمن والتعويضات ان كان لها وجه » ولايجوز ان تتضمن قائمة شروط البيع الاعفاء من رد الثمن .

(١) نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٤١ ص ٢٦١ .

كما قضت محكمة النقض بأن القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم او القائم ان التقادم المسقط لا يبدأ سريانه الا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء مما يستتبع ان التقادم لا يسرى بالنسبة الى الالتزام المعلق على شرط واقف الا من وقت يحقق هذا الشرط . واذ كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فان لازم ذلك ان التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق : نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٧٧ ص ٥٦٤ .

المبحث الـرابع

ضـــمان العيوب الخفية

وثوات الوصف

٣٦٠ ــ خصوصية ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية، كضمان التعرض والاستحقاق ، يتميز بمقومات ذاتية وخصوصيةتجعله ليس تطبيقا محضا للقواعد العامة • فقد كان من الممكن الاستغناء عـــن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضـــمان والاكتفـــاء بتطبيق القواعد العامة اذا ظهر عيب خفى مؤثر فى المبيع كان موجـــودا وقت البيع ولم يكن المشترى عالما به • فيقال عندئذ ان البائع لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل الى المشترى لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضا حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذى أعد له المبيع • فظهور عيب خفى مؤثر فى المبيع ، من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للغرض الذى أعد له ، يكون اخلالا بالتزام البـــائع ، ومـــن ثم يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع • بل يمكن القول أيضا انـــه مادام هذا العيب المؤثر كان موجودا وقت البيع وكان المشترى لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فان للمشترى أن يطلب ابطـــال البيـــع لغلط جوهرى فى المبيع •

ولكن دعوى ضمان الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعـــوى الابطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عـــن دعوى الفسخ وعن دعوى الابطـــال لوقوع البيـــع على ملك الغـــير • وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليهـــا أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الابطال وتجعل التعويض فيها بعيدا عن أن يكون محض تطبيق للقواعد العامة • وسنرى أن من أبرز

ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز فى البيوع القضائية ولا فى البيـوع الادارية اذا كانت بالمزاد (م ٤٥٤ مدنى) ، وأنها تسقط بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدنى) • وسنعقد فى آخر هذا البحث مؤازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالابطال للغلط او للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ •

والسبب فى تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأيناه يرجع فى تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، الى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات الى القانون الرومانى • فقـد كان فى روما موظفون فى الدولة Ediles curules يعهـد اليهم فى ضبط المعاملات التى تقع فى الأسواق العامة • فعنوا ، فيما عنوا بـه ، بالتعامل فى الحيوان وفى الرقيق • فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل اخفاؤها ، وكانت الأيادى تتداولها • فاوجبوا على البـائع أن يعلن مافى المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشترى اذا عثر على عيب لم يكشف عنـه البائع دعويين :

١ — دعوى رد المبيع على البائع actio redhibitoria - action redhibitoire - redhibere : repredre , وهو دعوى جنائية يرد بها المشترى المبيع على البـائع ويسترد منه ضعف الثمن الذى دفعه له •

٢ — ودعوى انقاص الثمن actio aestimatoria, quanti minoris - action estimatoire وبها يسترد المشترى من البائع بعض الثمن الذى دفعه فى مقابل العيب الذى كشفه اذا أراد استبقاء المبيع (١) • وكان المشترى بالخيـار بين هاتين الدعويين ، على أن يختار بينهما فى مدة قصيرة بضع من شـهور ، اذ كانت سرعة التداول فى الحيوان تجعله ينتقل من يد الى يد فيتعـذر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا مافى الحيوان من عيوب حتى يلعنـوا بها المشترى ، هذا الى الخشية من مزاعم المشترين لعيوب فى المبيـع يدعون وجودها بعد مدة طويلة فتتعذر معرفة مصدرها • ثم امتد هـذا

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ — كولان وكابيتان ٢ ص ٦١٤ •

الجـزاء من بيـع الحيـوان والـرقيق الى بيـع السـلع الأخرى ، حتى عمم فى عهد جوستنيان (١) . فأصبح بذلك لضـمان العيـوب الخفيـة مقـومات خاصة انتقلت مـن القـانون الـرومانى الى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصـيرة التى يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة اسـتقرار التعامل حتى لا يدعى المشترى العيب فى المبيع بعد انقضاء وقت طـويل يتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذى أعطى للمشـترى يستجيب لحالة ما اذا أراد المشترى استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه انقاص الثمن (٣) .

٣٦١ — **شمول ضمان العيوب الخفية** : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقـد

---

(١) ويقابل هذا الذى حدث فى القانون الرومانى مـا يعرف فى الفقة المالكى بالعهدة ، فيفترض ان العيب اذا حدث عند المشترى فى مدة معينة يكون كامنا فى المبيع وقت ان كان فى يد البائع ، فيحمل البائع عهدته ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ — ص ١٤٦) . « انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار ، وسلفة فى ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع . وهى عند القائلين بها عهدتان . عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشترى ، وعهده السنة وهى عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزله ايام الخيام وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . واما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى ، الا من الادواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى ايضا واقعة فى اصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمماكرة وكان بيعا لا فى الذمة . وهذا مالاخلاف فيه فى المذهب » (مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف ٤ص ٢٧٣ هامش) .

(٢) فانتقلت — عدا التقنينين المصرى والفرنسى — الى التقنين الايطالى القديم (م ١٥٠١ وما بعدها) ، والى التقنين الاسبانى (م ١٤٨٦ وما بعدها) والى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٩٧ وما بعدهـا) ، والى التقنين الالمانى (م ٤٥٩ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٥ — كولان كابيتان ٢ فقرة ٩٢٠ وفقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

ناقل للملكية ، بل والى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة اذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع الى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت اليه من الانتفاع بالشيء فيما أعد له ، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التى تعوق هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسى الذى يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان العيوب الخفية ، وأشير الى هذه القواعد فى العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به ، لا سيما فى عقود التبرع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض يكون من شأنه التخفيف الى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية .

ففى عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة (م٤٨٥مدنى) . عقد الشركة نص على أنه اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة اذا ظهر فيها عيب أو نقص ، أما اذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فان أحكام الايجار هى التى تسرى (م ٥١١ مدنى) . وفى عقد القرض نص على ضمان العيب الخفى ، فميز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة كل نوع من هذين النوعين (م ٥٤١ مدنى) . وفى عقد الايجار تناولت النصوص العيوب الخفية على النحو الذى اتبع فى عقد البيع ، مع ادخال ما تقتضيه طبيعة عقد الايجار من تعديلات على أحكام الضمان (م ٥٧٦ — ٥٧٨ مدنى) . وكذلك الأمر فى عقد المقاولة [1] (م ٥٥١ — ٦٥٤ مدنى) ، فى عقد الهبة

---

(١) انظر فى ان احكام العيب الخفى الخاصة بالبيع لاتسرى فى عقد الاستصناع الا اذا اختلط البيع بهذا العقد . نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الاحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

وهو عقد التبرع الرئيسى فانحصر ضمان العيوب الخفية فى نطـــاق محدود اقتضته صفة التبرع (م ٤٩٥ مدنى) ، وفى عقــد العــادية (¹) (م ٦٣٨/٢ مدنى) •

٣٦٢ — المسائل التى يتناولها البحث : ونجرى فى بحث ضـــمان العيوب الخفية كما جرينا فى بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف الى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربــه مــن النظم القانونية الأخرى •

١ — متى يقوم ضـمان العيوب الخفيـة

٣٦٣ — مسائل أربع : ونجرى هنا أيضا على النحو الذى جرينا عليه فى ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبـة للضمان • (ب) المدين فى الضـــمان • (جـ) الــدائن فى الضــمان • (د) البيع الذى ينشىء الضمان •

٣٦٤ — أ — العيوب الموجبة للضمان — النصـوص القـانونية : تنص المادة ٤٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافــر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيـــع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفـــاده

---

(١) انظر تعليقا لبلانيول فى داللوز ١٩١٢ — ١ — ١١٣ ، حيث ينتقد حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ اكتوبر سنة ١٩١١ رفضا تطبيق احكام ضمان العيب الخفى الواردة فى عقد البيع فى حالة ظهور عيوب فى ابواب لمبنى تعهد باقامته مقاولون ومهندسون معماريون بدعوى أن العقد عقد مقاولة فلا تسرى عليه احكام عقد البيع فى العيوب الخفية .

ويذهب بلانيول فى هذا التعليق الى وجوب سريان هذه الاحكام لا فى عقد البيع فحسب ، بل ايضا فى كل العقود الاخرى اذا كانت عقود معاوضـة ناقلة للملكية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٠ هامش ١) .

مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده » .

« ٢ — ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، الا اذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه ».

وتنص المادة ٤٤٨ على ما يأتى :

« لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٧ . ورد هذا النص فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٥٩٣ وفى المادة ٥٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى . « م ٥٩٣ : ١ — يكون البائع ملزم بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع ، وقت التسليم ، الصفات التى قرر البائع انها موجودة فيه ، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه ، حسب ما قصد اليه المشترى ، كما هو مبين فى العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو من الغرض الذى أعد له هذا الشىء . ٢ — ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن عالما بوجوده . م ٥٩٤ : ١ — ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو التى عرفها عند الفرز اذا كان المبيع من المثليات . ٢ — وكذلك لايضمن البائع عيبا كان المشترى يستطيع ان يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغى من العناية، الا اذا اثبت المشترى أن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب عن غش منه » . وفى لجنة المراجعة ادمجت المادتان فى مادة واحدة لان الثانية تكملة ضرورية للاولى ، واجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقمها ٤٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظى . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظى آخر وبعد أن استبدل بعبارة « بما ينبغى من العناية » الواردة فى الفقرة الثانية عبارة « بعناية الرجل العادى » اخذا بالمعيار العام فى العناية فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد واصبح رقمة ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٩ و ص ١١١ — ص ١١٣) .

م ٤٤٨ . ورد هذا النص فى المادة ٥٩٣ الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدى على وجه يطابق ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقترح فى لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٥٩٣ لانها تقرر حكما مستقلا ،فوافقت اللجنة على ذلك ،واصبح رقم النص المستقل المادة ٤٦١ فى المشروع النهائى ، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١١٣ — ١١٤).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السـابق المواد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٢٢ / ٣٩٧ — ٣٩٨ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤١٥ — ٤١٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٣٦ — ٤٣٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٥٨ — ٥٥٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٤٢ — ٤٤٥ و ٤٦٠ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٤٨٩ — ٤٩١ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ٥١٢ — ٥١٤ (٢) .

---

(١) التقنين المدنى السـابق م ٣٨٧/٣١٣ . البائع ضامن المشترى العيوب الخفية فى المبيع اذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى ، أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣٩٥/٣٢٠ . لا وجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشترى علما حقيقيا .

م ٣٩٧/٣٢٢ — ٣٩٨ . لا يكون العيب موجبا للضمان الا اذا كان قديما ، والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عينا معينة ، أو العيب الموجود فى المبيع وقت تسليمه اذا لم يكن عينا معينة .

(ولا فرق فى الاحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضا من الفروق أهمها ما بينته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الاتى . ١ — اتخذ التقنين الجديد معيارا ماديا فى تحديد ما اذا كان العيب مؤثرا ، أما التقنين المدنى السابق فالمعيار فيه تارة مادى (عدم صلاحية المبيع لما اعد له) وطورا ذاتى (نقص القيمة التى اعتبرها المشترى) . ٢ — ينقص التقنين السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديدا كافيا ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك فى وضوح . ٣ — زاد التقنين الجديد بعض التفصيلات الهامة ، فذكر أنه يكفى لاعتبار العيب مؤثرا ان يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنهـا موجودة ، ونص على ان العيب لا يكون مؤثرا اذا كان قد جرى العرف عـلى التسامح فيه ، وقرر ان تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمده اخفاءه يجعله ضامنا للعيب حتى لو لم يكن خفيا مادام المشترى لا يعلمه . مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١١١ — يضاف الى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو ان التقنين السابق اعتد فى وجود العيب بوقت البيع فى العين المعينة بالذات وبوقت التسليم فى العين غير المعين الا بالنوع ، وهذا لايصح الا فى قانـون كالقانون الفرنسى يجعل تبعة المبيع قبل التسليم على المشـترى لا على البـائع ، أما حيث تكـون تبعـة التعيب قبـل التسليم على البائع كما فى القانون المصرى فالواجب ضمان البائع للعيب متى وجد قبل التسليم ولو فى العين المعينة بالذات ، وهذا مانص عليه صراحة التقنين الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى .**

التقنين المدنى السورى م ٤١٥ — ٤١٦ (مطابقتان للمادتين ٤٤٧ =

ويخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن تتوافر فيه شروط أربعة :

= ٤٤٨ مصري — وانظر في القانون المدني السوري الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٩٦ — فقرة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ — ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤٤٧ —٤٤٨ مصري) .

التقنين المدني العراقي ٥٥٨ : ١ — اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى . ٢ — والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه . ويكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

م ٥٥٩ . لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه ، او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه او انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، الا اذا اثبت أن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب أو اخفى عنه العيب غشا منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي — انظر في القانون المدني العراقي الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٤ — ٢٥١ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٧٧ — فقرة ٥٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٤٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصا محسوسا أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضي عقد البيع . أما العيوب التي لا تنتقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به الا نقصا خفيفا ، والعيوب المتسامح بها عرفا ، فلا تستوجب الضمان . ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو ، أو اشترط الشاري وجودها .

م٤٤٣ : اما اذا كان المبيع اشياء لا تعرف حقيقة حالها الا باحداث تغيير فيها كالاثمار ذات الغلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية الا اذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : اذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة . واذا هلك او ناله عيب ، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .

م ٤٤٥ : لا يضمن البائع الا العيوب الموجودة وقت البيع اذا كان المبيع عينا معينة بذاتها ، أو وقت التسليم اذا كان المبيع مثليا وقد بيع بالوزن أو بالقياس او بحسب الوصف .

م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وانما يكون مسئولا حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها اذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري واللبناني =

١ — أن يكون مؤثرا .

٢ — وأن يكون قديمـــا .

٣ — وأن يكون خفيا .

٤ — وأن يكون غير معلوم للمشترى (١) .

= التقنين المدنى الكويتى م ٤٨٩ : يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لاحكام المادة ٤٨٥ ، اذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعـــه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين فى العقد او هو ظاهر من طبيعة المبيع او الغرض الذى اعد له .

م ٤٩٠ : لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

م ٤٩١ : لا يضمن البائع عيبا كان المشترى يعرفه وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، الا اذا اثبت المشترى أن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد اخفاءه غشا منه .

(وهذه النصوص تتفق مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥١١ : يعتبر البيع منعقدا على اساس خـلو المبيع من العيوب الا ما جرى العرف على التســـــامح فيه . ٢ — وتسرى القواعد العامه بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة الاحكام التاليه .

٥١٣ : ١ — اذا ظهر فى المبيع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبه بما انقصه العيب من الثمن . ٢ — يعتبر العيب قديما اذا كان موجودا فى المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم . ٣ — يعتبر العيب الحادث عند المشترى بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجود فى المبيع عند البائع . ٤ — يشترط فى العيب القديم ان يكون خفيـــا والخفى هو الذى لا يعـــرف بمشاهده ظاهر المبيع او لا يتبينه الشخص العادى او لا يكشفه غير خبير او لا يظهر الا بالتجربه .

م ٥١٤ : لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التاليه : ١ — اذا بين البائع عيب المبيع حين البيع . ١ — اذا اشترى المشترى المبيع وهو عالم بما فيه من العيب . ٣ — اذا رضى المشترى بالعيب بعد اطلاعه عليه او بعد علمه به من اخر . ٤ — اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه او عن عيب معين الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب او كان المشترى بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب . ٥ — اذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائيه او الاداريه .

(وهذه النصوص لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) استئناف مصر ١٤ ابريل سنه ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ — والمشترى هو الذى يقع عليه عبء اثبات توافر هذه الشروط ، وهى كلها وقائع مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق ويدخل فى ذلك البينـــة والقرائن ، وبخاصة رأى الخبراء الفنيين (لوران ٢٤ فقرة ٢٨٦ — اوبرى ورو فقرة =

٣٦٥ — ١ — يجب أن يكون العيب مؤثرا — والعيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذى يقع فى مادة الشىء المبيع ، فمعيار العيب هنا موضوعى محض (١) . وتزداد موضوعية المعيار وضوحا بالرجوع الى الضوابط التى وضعتها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى ، فان النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب « ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له » (٢) . فالعيب اذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشىء المادية ، أو من نفعه المادى ، وقيمة الشىء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشىء دون أن ينقص من نفعه ، كما اذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفى فى المقاعد أو فى الغطاء أو فى غير ذلك من المقصودة منها ، فاذا كان هذا العيب مؤثرا بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصا محسوسا كان للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع الشىء دون أن ينقص من قيمته ، كما اذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفا لما قلل من هذه القيمة . فاذا كانت المنفعة التى تفوت المشترى بهذا العيب من المنافع المقصودة (٣) ، كان له أن

= ٢٥٥ مكررة ص ٨٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ٩٠ — فقرة ٩٧ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤١) .

(١) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشترى التمهيدى : « ويرجع فى تقدير ذلك الى معيار مادى فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد — أى الارادة الظاهرة — والى طبيعة الشىء ، والى الغرض الذى أعد له — فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا اذا خلا المبيع من صفة قرر البائع انها موجودة فيه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

(٣) وقد تكون المنافع كمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ١٨ — وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٧٨) .

يرجع بضمان العيب الخفى • وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره أيضا موضوعى محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينتها الفقرة الأولى — من المادة ٤٤٧ مدنى : ما هو مبين فى العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشىء ، أو الغرض الذى أعد له (١) •

فقد يحتاط المشترى ويبين فى عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ، فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعا منافع مقصودة من المبيع ، فاذا كان بالمبيع عيب خفى يخل بأية منفعة منها اخلالا محسوسا كان للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى • وليس من الضرورى أن تكون المنافع المذكورة فى العقد هى المنافع المألوفة ، فقد يشترط المشترى على البائع منافع أخرى قصد اليها فتكفلها له البائع فى عقد البيع ، كما اذا اشترط المشترى أن تكون السيارة المبيعة يسهل عليها السير فى الطرق غير المهدة أو أنها تصل الى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود الا قدرا معينا ، فاذ لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه ، كان هذا عيبا مؤثرا موجبا للضمان (٢) ، ولو لم يكن خلو المبيع من هذه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هى حالة حصول غلط فى المبيع اما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى المذكور ان يكون المشترى قد اقر عند تسليم المبيع بانه عاينه معاينه نافية للجهالة : نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٨٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان ضمان البائع للمشترى اغلال العقار المبيع قدرا معينا من الريع يعتبر كفالة من المشترى لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى بقولها « يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه » . وتخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وان لم يكن عيبا فى المبيع بمعناه التقليدى الدقيق لان العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، الا انه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى واجرى عليها احكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، فان رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، ولايكون =

الصفات هو فى ذاته عيب بحسب المألوف فى التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشترى هذه الصفات (١) . وهذا ما يدعى فى الفقـــه

= للمشترى ان يرجع على البائع على أساس انه قد اخل بالتزام آخر مستقل من التزامه بالضمان ، واذا كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع ان يكون مؤثرا وخفيا الا انه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ،فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشترى باخطاره وذلك ايا كانت اهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع ان يتبينها أو لا يستطيع . لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه اذ اقام قضاءه برفض دعوى المشـــتريه (طلب تخفيض ثمـــن العقار المبيـــع بنسبة ما طـــرأ على ايجـــاره من تخفيض) على أنه كان فى استطاعتها التحقق من حقيقة اجرة العقار المبيع مما اعتبر معه العيب غير خفى فلا تضمنه البائعة ، يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يســـتوجب نقضه : نقض مدنى فى ١٥ مايو سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٢٦ ص ٧٩٦ — ونقض مدنى فى ٢٣ ابريل ســـنة ١٩٧٠ المجمـــوعة السابقة السنة ٢١ رقم ١١٣ ص ٦٩٧ .

(١) انظر مع ذلك فى التمييز بين العيب بمعنى الآفة الطارئة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع ، وفى ان تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون اخلالا بشرط فى العقد ولكن المشرع اجرى عليها احكام العيب : الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٥ — ص ٢١٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المشروع وأن كان قد الحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى ، الا انه لم يشترط فى حالة توافر الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا ، بل انه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشترى باخطاره ، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيـــع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع ان يتبين فواتها او كان لا يستطيع . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لامر تحقق الصفة فى الحدود الســـالف ذكرها وجرى على ان عدم توفر هذه الصفة عيب فى المبيع يشترط فيه ليوجب مسئولية البائعة توافر الخفاء ، فانه يكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٧٦ ص ٤٧٥ .

كما قضت محكمة النقض بأن ضمان البائع للمشترى اغلال العقار المبيع قدرا معينا من الريع — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — يعتبر كفالة من المشترى لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القـــانون المدنى بقولها « يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسلم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه » واذ كان البائع قد ضمن اغـــلال الدور الاول من العقار المبيع قدرا معينا من الريع وقد روعى هذا التقدير فى تحديد الثمن ، فان تخلف هذه الصفة فى البيع يوجب الزام البائع بالضمان : نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٥٧ ص ١٣٢٥ .

الاسلامى بخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى حين قالت : « اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه » • وليس من الضرورى أن تكون الصفات التى كفلها البائع للمشترى مذكورة صراحة فى عقد البيع ، بل يكفى ذكرها ضمنا ، فالبيع بالعينة échantillon أو البيع طبقا لنمدذج type مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقا للعينة أو للمنموذج ، فاذا اختلت المطابقة كان هذا عيبا مؤثرا موجبا للضمان ، ويرجع وجود العيب فىهذه الحالة الى اختلال الصفات التى كفلها البائع للمشترى ضمنا بالبيع طبقا لعينة أو لنموذج (١) •

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئا — لاصراحة ولا ضمنا — عن المنافع المقصودة من المبيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع الى طبيعة الشىء • فاذا كان المبيع دار للسكنى ، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشىء من هذه الأغراض اخلالا محسوسا رجع المشترى على البائع بالضمان • واذا كان المبيع أرضا زراعية ، فان طبيعتها تحدد المنافع المقصود منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة الا للمحصولات العادية ، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان • واذا كان المبيع متجرا ، فطبيعته أيضا تحدد المنافع

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٣ — وقارن استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٥ •

ونرى من ذلك أن العبرة فىالعيب المؤثر بالغرض الذى اعد له المبيع ، ويستفاد هذا الغرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يعتد ، فى تقدير العيب المؤثر ، بالصفات الجوهرية التى دخلت فى اعتبار المتعاقد كما هى الحال فى الغلط ، فهذا معيار ذاتى ويتمشى مع فكرة الغلط . فلو أن الصفة الجوهرية التى كانت محل اعتبار احد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقد الآخر ، بل كان هذا يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الاول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية — وهى أمر نفسى — معتدا بها الغلط ويكون العقد قابلا للابطال . أما فى العيب المؤثر فالغرض الذى يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقا عليه بين المتعاقدين ولا يكفى أن يكون هو غرض المشترى وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى (قارن الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٧٥ هامش ١) .

المقصودة منه ، ولا يكون المتجر صالحا للغرض الذى أنشىء من أجله الا اذا كان مستقرا فى مكانه ، فاذا تبين أن ايجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك ابطاله ، كان هذا عيبا خفيا فى المتجر يوجب الضمان (١) . واذا كان المبيع حقا شخصيا مكفولا برهن ، وكشف المشترى المحال له عن أن الرهن غير مفيدا أو عن أن قيده لم يجدد ، كان هذا عيبا خفيا فى المبيع يتلاءم مع طبيعته . فطبيعته الشىء اذن هى التى تملى المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئا ماديا كانت العيوب مادية ترجع الى طبيعة المبيع ، واذا كان شيئا معنويا رجعت العيوب أيضا الى طبيعة المبيع وصارت شيئا معنويا (٢) .

وقد يخصص من طبيعة الشىء الغرض الذى أعد له هذا الشىء ، فيرجع الى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التى تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع فرسا حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فاذا كان الفرس معدا للسباق واشتراه المشترى

---

(١) ولكن لا يعتبر عيبا مؤثرا ، فى بيع صيدلية ، أن يجد المشترى بعض الديون التى للصيدلية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلا فى الخزانة ، لا سيما اذا ثبت أن البائع ، وهو وارث صاحب الصيدلية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الثمن قد اقتطع نسبة معينة من ايراد الصيدلية فى نظير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٣) .

(٢) فالبذور التى يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الاراضى الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بذور من نوع آخر وقد غرست فى جميع الاراضى على نمط واحد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة رابعا) . ويعتبر عيبا خفيا فى السندات ان يتبين أنها استهلكت قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة او صفيت (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٣٩ مكررة ، قارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١٥) ، وفى المتجر أنه سحبت رخصته (الأستاذ محمد على امام ص ٣٨٠) أو ساءت سمعته (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٩٧ هامش ١) . واذا كان المبيع بضاعة يشوبها عيب فى الصفة ، وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) . واذا كان المبيع « ورق سجاير » لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيبا خفيا موجبا للضمان (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٤) .

على هذا الاعتبار ، فان الغرض الذى أعد له الفرس يخصص المنافع المقصودة منه وهى أن يكون صالحا للسباق • فاذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيبا خفيا موجبا للضمان ، ولو كان الفرس صالحا لجميع الأغراض الأخرى • واذا كان المبيع أرضا زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضا بالغرض الذى أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فاذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيبا ضمنيا موجبا للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى •

وتقرر المادة ٤٤٨ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه • فقد يكون العيب مؤثرا على النحو الذى سبق بيانه ، ولكن العرف فى التعامل جرى على عدم اعتباره عيبا ، فعند ذلك لا يكون عيبا موجبا للضمان ، وقد جرى العرف على التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية مألوفة من الأتربة (١)، وفى بعض عيوب القطن اذ للقطن مرتبات متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى استوفى القطن شروط المرتبة التى ينتمى اليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحا فيه عرفا ولا يوجب الضمان (٢) •

٣٦٦ — ٢ — يجب أن يكون العيب قديما : ولا يكفى العيب أن يكون مؤثرا ، بل يجب أيضا أن يكون قديما • والمقصود بقدم العيب أن يكون

---

(١) ووجود بعض مواد غريبة فى حب السمسم لا يكون عيبا مؤثرا اذا كان مما يتسامح فيه عرفا (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٦) .

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى مثلا للعيب الذى يحدد العرف متى يكون عيبا موجبا للضمان ومتى يكون متسامحا فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتى : « أما اذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها الا باحداث تغيير فيها كالاثمار ذات الغلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية الا اذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلى يوجب عليه هذا الضمان » (انظر آنفا فقرة ٣٦٤ فى الهامش) . فالبطيخ والشمام والجوز واللوز والبندق ونحو ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها متسامحا فيه ومتى يكون العيب موجبا للضمان .

موجودا فى المبيع وقت أن يتسلمه المشترى من البائع . ذلك أن العيب اما أن يكون موجودا وقت البيع وبقى الى وقت التسليم ، فيكون اذن موجودا وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولا عن ضمانه . واما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى الى وقت التسليم ، فيكون أيضا موجودا وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولا عن ضمانه(١).

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجودا وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذى يعتد به فى وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضا لأن الشىء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقا به فى هذا الوقت ، وانما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاتيته ، ولا يكون ذلك الا بالافراز الذى يقع عادة وقت التسليم . على أنه اذا تراخى التسليم عن الافراز ولم يكن بالمبيع عيب خفى وقت افرازه ، ثم لحقه العيب فى الفترة ما بين الافراز والتسليم ، فان البائع يكون مسئولا فى هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

ويخلص مما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجودا دائما وقت تسليم المبيع للمشترى ، ولو لم يكن موجودا وقت البيع (٢) . أما

---

(١) والمفروض فى هذه الحالة الاخيرة ان المبيع قد لحقه عيب خفى فى الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشترى حين تسلم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفيا ويكون البائع مسئولا عن ضمانه بهذا الاعتبار (قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٤ — ص ١٩٦) . أما اذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذى نحن بصدده اذ العيب ظاهر وليس بخفى ، وانما هو تحمل لتبعة هلاك المبيع أو تعيبه قبل التسليم ، وهى تبعة يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « .. ان يكون هذا العيب موجودا وقت البيع : وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) . وقارن أيضا المادة ٣٩٧/٣٢٢ — ٣٩٨ من التقنين المدنى السابق ، هى تنص على ان « المراد بالعيب القديم الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كانت عينا معينة » (انظر آنفا فقرة ٣٦٤ فى الهامش) .

اذا حدث العيب بالمبيع بعد أن تسلمه المشترى ، فان البائع لا يكون ضامنا له ، ويتحمل المشترى تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولا عن احداثه .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث الا بعد التسليم . فاذا كان المبيع حيوانا مثلا ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو «ميكروب» المرض قبل أن يتسلمه المشترى ، ثم يحدث المرض بعد ان يتسلمه . فاذا أمكن المشترى أ ن يثبت ذلك ، فان العيب الذى يرجع سببه المباشر الى ما قبل التسليم يعتبر فى حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلال أو بالخشب بدء تسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر السوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

---

(١) الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٢٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة فى الفقه الاسلامى ، فى مذهب الشافعى ، مختلف فيها . جاء فى المهذب : « وان حدث العيب بعد القبض نظرت ، فان لم يستند الى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لانه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وان استند الى ماقبل القبض ، بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبى اسحق لانه قطع بسبب كان قبل القبض . والثانى انه لا يرد وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لان القطع وجد فى يد المشترى فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله » (المهذب ١ ص ٢٨٤) .

أما فى فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على انه يعتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وان لم يحدث العيب الا بعد ذلك (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٢٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ — ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣١) .

واذا كان سبب العيب موجودا قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع الى خطأ المشترى ، الا وزعت المسئولية بين البائع والمشترى وفقا لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦ مدنى) : انظر الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٦٩ — ص ٢٧٠ .

٣٦٧ — ٣ — يجب أن يكون العيب خفيا : ولا يكفى أن يكون العيب مؤثرا وقديما ، بل يجب أن يكون خفيا caché ، فاذا كان العيب ظاهرا وقت أن تسلمه المشترى ولم يعترض بل رضى أن يتسلمه ، فان البائع لا يضمنه ، لأن المشترى وقد رأى العيب ظاهرا دون أن يعترض يكون قد ارتضاه وأسقط حقه فى التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى، اذا أثبت المشترى أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد اخفاء العيب غشا منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفيا ، فلا يضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولا) اذا كان ظاهرا وقت أن تسلمه المشترى فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانيا) اذا لم يكن ظاهرا ، ولكن البائع أثبت ان المشترى كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشترى قد فحصه فعلا بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته نزولا عن حقه . ولا يقبل من المشترى فى هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلا ولم يتبين وجود العيب ، فان كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادى ، فاذا لم يفعل كان مقصرا ، وهو

---

(١) وكون المبيع ليس له مسلك للطريق العام يعتبر عيبا ظاهرا (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . واذا كان تلف الارض المبيعة آتيا من فيضان ظاهر، فالعيب لا يكون خفيا (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٧ — استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

الذى يحمل تبعـــة تقصيره • ومن ثم يكـــون امكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادى قرينه على ان المشترى قـد تبين فعلا وجود العيب عند التسليم (١) ، وهى قرينة غير قابلة لاثبات العكس الا بطريقين معينين سيأتى ذكرهما فيما يلى •

ويكون العيب خفيا ، فيضمنه البائع فى الحالتين الآتيتين :

(اولا) اذا لم يكن العيب وقت تسلم المشترى للمبيع ظاهرا ولا يمكن للمشترى تبينه لو أنه فحص المبيع بعنايه الرجل العادى • وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه الا خبير متخصص ، كما اذا اقتضى تبين العيب الا لتجاء الى وسائل فنية ليست فى مقـــدور الشخص العادى ، أو احتاج الى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليـــلا كيماويا ، أو نحو ذلك (٢) من الأبحاث التى لا يلجأ اليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى (٣) • أما اذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادى ، لم يكن عيبا خفيا موجبـــا للضمان (٤) كما سبق القول ، حتى لو كان المشترى بالذات لم يستطـــع أن يتبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية (٥)• فانه يحمل فى هذه الحالة مسئولية تقصيره فى الالتجاء الى من يسترشد

---

(١) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ •

(٢) كحفر الاساس لاختبار متانة البنـــاء (استئناف مختلط ٢١ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٦) •

(٣) كعيوب فى السيارة او فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها الا بعد استعمال الشىء مدة غير قصيرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦) ، وككثرة الاملاح فى الارض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الاستاذ محمد على أمام ص ٣٧٩) ، وكضـــعف احتمال الحديد (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٥) •

(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٧ — ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٥ •

(٥) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١ ص ١ •

برايه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجبا عليه نظرا لنقص خبرته (١) .

(ثانيا) اذا كان المشترى ، بعد ان اثبت البائع ان العيب كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، أثبت من جهة احد امرين : أما أن يكون البائع قد اكد له خلو المبيع من العيب المعين الذى وجد بعد ذلك بالمبيع ، واما أن البائع قد تعمد اخفاء هذا العيب غشا منه . ففى الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيب (٢) ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن البائع هذا العيب بالذات للمشترى اذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشترى نفسه مؤونة فحص المبيع ولو

---

(١) بودرى وسينيا فقره ٤١٨ ص ٤٢٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ — الاستاذ انور سلطان فقره ٢٧٢ — الاستاذ محمد على امام ص ٣٧٩ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧١ — الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٩٧ هامش ٢ .

فاذا كان المبيع أرضا زراعية ، لم يصح للمشترى أن يتمسك بعيوب فى الارض يستطيع أن يتبينها الشخص الخبير خبرة مألوفة بالاراضى الزراعية ولم يتبينها هو لنقص خبرته . واذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتمسك بعيوب فى البناء يستطيع أن يتبينها المهندس المعمارى عن طريق الفحص المعتاد المألوف (بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول ادراك غيره . فليس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة ، بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للامور . فاذا ما اثبت الحكم أن عدم اثبات البذور التى هى محل الدعوى انما يرجع الى تسوس بعضها ، واثبت أن المشترى ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها اليه ، ثم خلص من ذلك الى القول بان العيب كان ظاهرا ، واسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشترى ، فانه لايكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ — انظر أيضا استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كان الاصل ان البائع لا يضمن العيب الا اذا كان خفيا الا أن المشرع استثناه من هذه القاعدة بجعل البائع ضامنا ولو العيب ظاهرا اذا اثبت المشترى أن البائع اكد له خلو العين المبيعة من العيب : نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض لسنة ١٨ رقم ٤٠ ص ٢٦٤ .

بعناية الرجل المعتاد ، مطمئنا الى تاكيد البائع ، ومعتمدا فى كل حال على ان البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر فى المبيع رجع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك انه لا يكفى أن يؤكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب ان يؤكد خلو المبيع من عيب معين او عيوب معينة بالذات . وفى الامر الثانى ، وقد تعمد البائع اخفاء العيب غشا منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشترى فى عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب فى هذا الفرض خفيا ولو انه كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقى بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهرا ، أو كان غير ظاهر لكن يمكن تبينه ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو انه فحص المبيع فتبينه انه يخل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب انه أمر غير ذى بال ، ثم ظهر بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بمنفعة من المنافع المقصودة ويجعل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذى اشتراه من أجله . فهل يكون علم المشترى بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطا للضمان ؟ يبدو أنه لا يكفى ظهور العيب أو امكان ظهوره بالفحص المعتاد حتى يفترض أن المشترى قد رضى به مادام لم يعترض ، بل يجب

---

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البنزين فى السيارة عند تجربتها بقصد اخفاء عيب فى محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحمها ودهانها بطلاء يخفى عيبها (الاستاذ محمد على امام ص ٣٨٠) .

وقد قضت محكمة النقض بانه لايجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدنى ان يتمسك بمدة السنة لتمام التقادم اذا اثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه ، واذا كان المشرع قد الحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى واجرى عليها احكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، بل جعل للمشترى الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية تحقيقا لاستقرار المعاملات ، فان الحكم المطعون فيه اذ اقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على اساس تعمد البائع اخفاء هذا العيب غشا منه ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه ، ذلك ان التقادم يكون فى هذه الحالة خمسة عشرة سنة اخذا بالاصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم : نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١١٣ ص ٦٩٧ .

فوق ذلك أن يكون المشترى وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشترى هو الذى يحمل عبء الاثبات ، فاذا سكت عن العيب افترض رضاؤه به ، الا اذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت فى الوقت ذاتـــه أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى ادراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ — ٤ — يجب ان يكون العيب غير معلوم للمشترى . وحتى لو كان العيب خفيا على النحو الذى بيناه ، فانه لا يكون عيبا موجبـــا للضمان اذا ثبت أن المشترى كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فان علم المشترى بالعيب وسكوته عليه يعد رضاء منه بـــه ، ونزولا عن حقه فى الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا : « ومـــع ذلك لا يضـــمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع » .

ومادام العيب خفيا ، فالمفروض أن المشترى لا يعلم به ، فاذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء اثبات أن المشترى كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتهـــا بجميع طرق الاثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

وقد قضت محكمة النقض بانه مادام الحكم قد انتهى الى ان العيب الذى لحق المبيع كان خفيا ، فانه اذا القى على البائع عبء اثبات أن المشترى كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب واجاز له اثبات ذلك بكافة الطرق ، واذ الزم البائع بضمان هذا العيب بعد ان عجز عن اثبات هذا العلم ، فان الحكم لا يكون مخالفا للقانون ذلك انه متى كان العيب خفيا فيفترض ان المشترى لايعلم به فاذا اراد البائع التخلص من الضمان يعلن هو عبء اثبات ان المشترى كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع : نقض مدنى فى ٢٠ اكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام محكمة النقض السنة ١٧ ص ١٥٥٢ .

(٣) اذا كان العيب من الذيوع والانتشار بحيث يكون من المعقول ان المشترى يتوقع انه يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشترى يعلم بمثل هـــذا العيب ، ويكون عليه هو عبء اثبات أنه كان يجهله . ويحسن اذن فى هذه =

وقد يكون العيب موجودا وقت البيع والمشترى لا يعلم به ، ولكنه اذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود فى المبيع وقت البيع يجب اذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشترى لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فاذا اثبت البائع ان المشترى كان يعلمه فى أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامنا . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب ان يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشترى كان عالما به وقت التسليم ، فاذا لم يثبت ذلك افترض أن المشترى كان وقت ان تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

= الحالة أن يشترط المشترى على البائع ضمان مثل هذا العيب اذ أراد ان يتخلص من عبء الاثبات . ويفرض فى الاشياء المستعملة اذا بيعت أنها لاتخلو من العيوب المألوفة فى الاشياء القديمة ، فاذا ادعى المشترى أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء اثبات ذلك ، الا اذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة فى الاشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الاثبات فيه يقع على البائع لا على المشترى (بودرى وسينيا فقره ٤٢٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢) .

ويترتب على ما تقدم أن المشترى مفروض فيه ان يعلم ان مستأجر الدار له الحق فى طلب انقاص الاجرة الى الحد القانونى الذى يسمح به قانون ايجار الاماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع الا اذا اثبت أنه كان يجهل ان الاجرة تزيد على الحد القانونى او اذا حصل على ضمان البائع لهذه الاجرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ — والعلم الواجب اثباته يجب أن يكون علما يقينيا لا علم على سبيل الحدس . وقد قضت محكمة النقض فى شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ مدنى (٤٥٢ مدنى جديد) هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك . فاذا كانت محكمة الاستئناف قد رات مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشترى ماكان يعلم حقا ، عند تحريره خطابا للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن والزام البائع بما قد يلزمه قانونا من التضمينات ، وانه لم يعلم به الا من تقرير خبير دعوى اثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشترى بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى يتم =

وقد قضت محكمة النقض بان العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هى العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فان نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بداته على علم المشترى بهذا العيب (١) .

ولما كان جهل المشترى للعيب وقت التسليم شرطا للضمان ، فانه يغلب أن يكون المشترى ، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع فى غلط جوهرى ، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويكون للمشترى أن يختار بين الدعويين . وسنعود الى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

واذا كان علم المشترى بالعيب يؤثر فى الضمان ، فيضمن البائع العيب أذا كان المشترى غير عالم به ولا يضمنه اذا جهله ، فان علم البائع بالعيب لا أثر له فى مبدأ الضمان . فالبائع يضمن العيب ، سواء كان عالما به أو غير عالم . وتنص العبارة الاخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ صراحة على هذا الحكم اذ تقول : « ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده » . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر فى الاتفاق على تعديل احكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالاسقاط على النحو الذى سنفصله فيما يلى . وقد يؤثر أيضا فى مقدار التعويض الذى يستحقه المشترى بسبب العيب الخفى ، وفى اطالة مدة التقادم الى خمس عشرة سنة اذا اقترن العلم بالغش .

٣٦٩ — (ب) — المدين فى ضمان العيوب الخفية — قابلية الضمان للانقسام : المدين فى ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه

= عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علما حقيقيا ، فانها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن او العلم غير القاطع لايعتبر علما موجبا لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧ ص ٩٤) .

(١) نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن ، قاعدة ١٣ ص ٨٠٨ .

الى وارثه ، بل يبقى هذا الالتزام دينا فى التركه . فاذا مات البائع ، رجع المشترى بضمان العيب الخفى ، لا على الورثه ، بل على التركة ذاتها ، فاذا ما تقاضى منها التعويض المستحق ، أخذ الورثه ما بقى من التركه بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمان العيب الخفى .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية الى خلف البائع الخاص فى العين المبيعة .

ويتحمل دائن البائع التزام البائع بضمان العيوب الخفية على الوجه المقرر فى القواعد العامه . ذلك ان المشترى يصبح هو ايضا دائنا للبائع بضمان العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائنى البائع مشاركه الغرماء .

ويكون كفيل البائع ملزما مثله بضمان العيوب الخفية ، ويجوز للمشترى أن يرجع عليه بهذا الضمان طبقا للقواعد المقررة فى الكفالة.

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهى فى صورتيها تنتهى الى تعويض كما سنرى ، قابلة للانقسام (١) . فاذا باع شخصان عينا شائعة بينهما ، كان للمشترى أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه فى المبيع ، ولا يجوز له أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق القول . ويستثنى من ذلك بطبيعه الحال ما اذا كان البائعان قد تضامنا فى التزامهما نحو المشترى ، فيرجع المشترى عندئذ على أى منهما بضمان لعيوب طبقا للقواعد المقررة فى التضامن .

٣٧٠ — (ج) الدائن فى ضمان العيوب الخفية — قابلية الضمان للانقسام : الدائن فى ضمان العيوب الخفية هو المشترى . وينتقل حقه الى الوارث ، فلو مات المشترى جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه

---

(١) بودرى وسمينيا فقرة ٤٤٠ مكررة — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ٨٥ .

فى العين ، ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءا من العين حتى لا تتفرق عليه الصفقة (١) .

وينتقل حق المشترى أيضا الى خلفه الخاص ، فلو أن المشترى باع العين المعيبة الى مشتر ثان ، كان لهذا المشترى الثانى — وهو الخلف الخاص للمشترى الأول فى العين — أن يرجع بدعوى سلفه المشترى الأول على البائع ، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشترى الأول الى المشترى الثانى (٢) . ومن ثم يكون للمشترى الثانى ، لضمان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : ١ دعواه الشخصية ضد المشترى الأول بضمان العيب الخفى ، وهى الدعوى التى استمدها من عقد البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشترى الأول ، ومدة التقادم فيها تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشترى الأول . ٢ — الدعوى غير المباشرة التى يرفعها باسم المشترى الأول على البائع ، ويشترك معه فيها سائر دائنى المشترى الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشترى الأول المبيع من البائع . ٣ — الدعوى المباشرة وهى دعوى المشترى الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذى أبرم بين البائع والمشترى الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثانى من المشترى الأول الى المشترى الثانى ، وقد أشرنا اليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة فى أنه لا يزاحم فيها المشترى الثانى سائر دائنى المشترى الأول ، وتتفق معها فى أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشترى الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضا بأنها تبقى ثابتة للمشترى الثانى حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشترى الأول ، كأن كان هذا المشترى قد اشترط عدم الضمان . ويلاحظ أن المشترى الثانى اذا رفع دعواه

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة — قارن انسيكوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٧ .

الشخصية فى الضمان على المشترى الأول — وهى الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث — جاز للمشترى الأول أن يدخل البائع ضامنا فى هذه الدعوى . والمفروض طبعا فى كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشترى الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامنا هذا العيب لكل من المشترى الأول والمشترى الثانى (١) .

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشترى دعوى ضمان العيب على البائع طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

٣٧١ — (د) البيع الذى ينشىء ضمان العيوب الخفية : نص قانونى : تنص المادة ٤٥٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ (٣)

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٣ — وفى

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ — وكذلك المفروض ان العيب قد ظل خفيا على المشترى الثانى ، فلو ان المشترى الثانى قد كشفه قبل تسلم المبيع وسكت ، لم يكن له الرجوع بضمان العيب لا على المشترى الاول ولا على البائع (بودرى وسينيا فقرة ٤٣٢ — الاستاذ محمد على امام ص ٣٨٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ — ص ١٢٩) .

(٣) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « لا تسمع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة او جهات الادارة بطريق المزاد » . والحكم متسق مع حكم التقنين الجديد .

التقنين المدنى العراقى المادة ٥٦٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٦٤ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٩٧ — وفى المدنى الأردنى المادة ٥١٤/٥ (١) .

والسبب فى ذلك ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، أن البيع بالمزاد ، سواء من جهة القضاء أو من جهة الادارة « قد أعلن عنه ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشىء قبل الاقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الاجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد اجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين »(٢) . ومن ثم لا ضمان للعيب فى البيوع التى يتحتم اجراءها قضاء عن طريق المزاد، كبيع أموال المدين تنفيذا للديون التى فى ذمته ، وكبيع أموال القاصر

---

(١) ويقابل فى التقنينيات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٢٢ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٣ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٩ : لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقره ٥٢٤ — فقرة ٥٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٦٤ : لاوجه لاقامة دعوى الرد فى البيوع التى تجريها السلطة القضائيه (ولم يذكر التقنين اللبنانى البيوع الادارية بالمزاد) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٩٧ : لا ضمان فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا تمت بطريق المزايدة العلنية . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٤٥٤ من التقنين المدنى المصرى مع تغيير طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥١٤/٥ : لايكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية : ١ — ..... ٥ — اذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية او الادارية . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المدنى المصرى) .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٩ .

والمحجور فى المزاد • وكذلك لا ضمان للعيب فى البيوع التى تجريها الادارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلا • وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم فى كل هذه البيوع • أما البيوع الاختيارية ، حتى لو أجريت بطريق المزاد كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم امكان قسمتها (licitation) فيقوم فيها ضمان العيب (١) •

وفيما عد البيوع القضائية الادارية اذا كانت بالمزاد ، يقوم ضمان العيب فى أى بيع آخر ، يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل• ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقارا (٢) أو منقولا (٣) ، شيئا ماديا أو شيئا غير مادى (٤) • كما يجوز للشفيع — وقد حل محل المشترى — أن يرجع بضمان العيب على البائع • ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضا المسترد لحصة شائعة فى منقول باعها شريك فى الشيوع لأجنبى (م ٨٣٣ مدنى) (٥)•

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٢٤٧٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٤ — جوسران ٢ فقرة ١١٢٣ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٢٥ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٠ .

(٢) فيقوم ضمان العيب فى البناء ، وفى الارض الفضاء ، وفى الارض الزراعية ، وفى غير ذلك من العقارات .

(٣) فيقوم ضمان العيب فى الاغذية ، والحيوانات ، والحبوب والمحصولات المختلفة ، والمشروبات المتنوعة ، وفى غير ذلك من المنقولات .

(٤) فيقوم ضمان العيب فى المتاجر ، والاسهم والسندات ، والحقوق الشخصية ، وفى غير ذلك من الاشياء غير المادية (انظر بودرى وسينيا فقرة ٣٢٦ — فقرة ٣٢٠) .

(٥) وقضت محكمة النقض بأن احكام العيب الخفى فى باب البيع لا تنطبق فى عقد المقاولة غير المختلط بالبيع ، وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الادوات اللازمة (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣) . وانظر فى هذه المسالة تعليق بلانيول فى داللوز ١٩١٢ — ١ — ١١٣ على حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ اكتوبر سنة ١٩١١ قضيا بنفس المبدأ (آنفا فقرة ٣٦١ فى الهامش) .

٢ – ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ – دعوى الضمان وما يسبقها من اخطار : اذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذى ، وجب على المشترى المبادرة الى اخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة والا سقطت بالتقادم.

فنبحث اذن مسائل ثلاثا : ١ – اخطار البائع بالعيب ٢ – دعوى الضمان ٣ – سقوطها بالتقادم .

٣٧٣ – اخطار البائع بالعيب – النصوص القانونية – تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى .

« ١ – اذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف فى التعامل . فاذا كشف عيبا يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع » .

« ٢ – أما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « على انه اذا تعمد البائع تضليل المشترى ، فلا يجوز له ان يحتج بانه لم يخطر بالعيب فى الوقت الملائم » وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لان حكمها مستفاد من القواعد العامة ، واستبدل بعبارة « وجب عليه أن يبادر باخطاره عنه » فى الفقرة الاولى عبارة « وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة » ، واصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٤٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ – ص ١١٧) .

(٢) ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وقد كان هذا =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤١٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٣٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٦٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٤٦ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٩٢ — ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى الأردنى (١) .

= التقنين بدلا من الاخطار يجعل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جدا ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشترى بالعيب .

(١) فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٧ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٨ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصر) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٠ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٦ — والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٢ — فقرة ٥٣٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٤٦ : اذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب على المشترى أن ينظر فى حالة المبيع على أثر استلامه ، وأن يخبر البائع بلا ابطاء فى خلال السبعة الايام التى تلى الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، والا فالمبيع يعد مقبولا ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بفحص عادى أو تكن هنالك موانع لا علاقة لها بمشيئة المشترى حالت دون النظر فى حالة المبيع . وفى مثل هذا الموقف يجب ابلاغ عيوب المبيع الى البائع على أثر اكتشافها ، والا عد المبيع مقبولا ، غير انه لا يحق للبائع السيء النية أن يتذرع بهذا الحكم الاخير .

م ٤٤٧ : يجب على المشترى بلا ابطاء أن يطلب بعريضة معاينة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . واذا لم تجر المعاينة بمقتضى الاصول ، فعلى المشترى أن يثبت وجود العيب عند الاستلام . ولا تطلب المعاينة اذا كان البيع منعقدا بحسب نموذج لم يقم خلاف على ماهيته . واذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل فى محل استلامها ، وجب على المشترى أن يتخذ الحيطة للمحافظة على البضاعة مؤقتا . واذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشترى أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذى تكون فيه البضاعة بعد اجراء المعاينة المتقدم ذكرها . واذا كانت مصلحة البائع تقتضى هذا البيع ، كان الواجب المحتم على المشترى أن يجريه على هذا المنوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا ابطاء عن كل ماتقدم ، والا كان ضامنا للعطل والضرر .

م ٤٤٨ : فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة تكون مصاريف ارجاع البضاعة على البائع .

(والتقنين اللبنانى فيما يختص بالمنقول غير الحيوان يتفق مع التقنين المصرى فى الاحكام التى وردت فى التقنبن المصرى ، ويزيد عليه أحكاما أخرى يقصد بها اعداد الدليل على العيب قطعا للنزاع ، واتخاذ الاجراءات =

ويخلص من هذا النص أن المشترى تجب عليه المبادرة باخطـار البائع بالعيب عند كشفه . والسياسة التشريعية فى ضمان العيب الخفى قائمة على عدم التراخى فى اتخاذ الأجـراءات اللازمـة لاثبات العيب والمبادرة الى رفع دعوى الضمان ، لأن الابطاء فى شىء من ذلك قـد يجعل اثبات العيب عسيرا ، وقد تتعذر معرفة منشأه وهل كان موجودا عند التسليم أو حدث بعده ، فينفتح باب المنازعـات ويتسـع المجـال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشترى فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيبا كان موجودا عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء تكئة للرجوع فى الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشترى أن يبادر الى اخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم فى دعوى الضمان قصيرة ، فهى سنة واحدة من وقت تسلم المشترى للمبيع كما سنرى . وبهذه الاجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز دعوى ضمان العيب الخفى عن غيرها من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الابطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه اذا تسلم المشترى المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد

= الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعينة اذا خيف عليها التلف او اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الاحكام يمكن اعتبارها تطبيقا للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٩٢ : ١ ـ اذا تسلم المشترى المبيـع وجب عليه التحقيق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل ، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخطاره به ، فان لم يفعل سقط حقه فى الضمان . ٢ ـ اما اذا كان العيب مما لايمكن الكشف عنـه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى بعد ذلك ، فانه يجب عليه ان يخطر به البائع بمجرد كشفه والا سقط حقه فى الضمان .
(وهـذا النص موافق لنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدنى المصرى مع تعديل طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الاردنى : لايوجد به نص مماثل لنص المادة ٤٤٩ مـن التقنين المدنى المصرى ، ولعل السبب فى ذلك يرجع الى ان مدة ضـمان العيوب الخفية فى التقنين المدنى الاردنى قصيرة وهى ستة شهور من تاريخ تسلم المشترى للمبيع .

التسلم قابلا بالعيب • فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقا للمألوف فى التعامل • فاذا اشترى شخص قماشا من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويا ، فاذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، ولم يعتبر المشترى راضيا به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وانما يكون ذلك اذا ذهب بالقماش الى منزله أو الى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيبا أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضا متروكة للمألوف فى التعامل • واذا اشترى شخص سيارة ، فانه لا يعتبر قابلا بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لابد من مدة معقولة تمضى وفقا للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشترى من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فاذا وجد فيها عيبا ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقا للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضيا بالعيب •

أما اذا كان العيب الذى بالمبيع عيبا خفيا لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فان المشترى لا يعتبر راضيا به الا اذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه اياه • وهنا أوجب المشرع على المشترى أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر الى هذا الاخطار دون ابطاء ، لأن العيب لم ينكشف الا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع ابطاء فى الاخطار •

ونرى من ذلك أن المشترى ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه اخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه • ويجب أن يكون الاخطار دون ابطاء أو فى مدة معقولة يحددها المألوف فى التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلم المبيع

تسلما فعليا لا حكميا • ولا يشترط شكل خاص فى هذا الاخطار ، فيصح أن يكون بانذار على يد محضر ، كمايصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويا ، ولكن على المشترى عبء اثبات حصول هذا الاخطار ، ويستطيع أن يثبته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية •

فاذا لم يقع الاخطار فى الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشترى راضيا بالعيب الذى وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشترى للمبيع على النحو الذى سنبينه فيما يلى • فدعوى الضمان اذن تسقط اما بعدم اخطار المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنه التقادم ، واما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الاخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشترى بالعيب الا بعد ذلك (٢) •

وكل ما يجب على المشترى هو اخطار البائع بالعيب على الوجه الذى بيناه • فلا يجب عليه طلب معاينه المبيع بواسطه خبير لاثبات

---

(١) على أن المشترى لا يعتبر راضيا بالعيب الذى وجده فى المبيع عندما لا يتم الاخطار فى الوقت الملائم اذا كان البائع سيىء النية ، اى اذا كان يعلم بوجود العيب واخفاه عمدا عن المشترى غشا منه ، فان الضمان يكون واجبا فى هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدنى) كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى يقضى بأنه « اذا تعمد البائع تضليل المشترى ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب فى الوقت الملائم » ، فحذف فى لجنة المراجعة لان حكمة مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ — وانظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) . وقد جاء فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص فى هذا المعنى هو الفقرة الاخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين اذ تقول : « وفى مثل هذا الموقف يجب ابلاغ عيوب المبيع الى البائع على اثر اكتشافها ، والا عد المبيع مقبولا . غير أنه لايحق للبائع السىء النية أن يتذرع بهذا الحكم الاخير » (انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش)

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ — ص ١٢٣ •

العيب ، وان كان من حقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب اذ هو المكلف باثباته (١) .

٣٧٤ — دعوى ضمان العيوب الخفية — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ » (٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣١٣/٣٨٧ (٣) .

---

(١) ولم يبين للنص ماذا يفعل المشترى لو أن السلعة المبيعة التى اشتراها لم يتمكن من ردها فورا الى البائع وكانت مما يسرع اليها التلف ، وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة بأن المشترى يتخذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السلعة ، ويستصدر عند الاقتضاء أمرا من القضاء ببيعه لحساب البائع اذا خشى عليها تلفا سريعا . وقد عرض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٨ — ص ١١٩) .

(٣) ويقابل فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية : م ٣١٣/٣٨٧ : البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع اذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣١٤/٣٨٨ : فى الحالة الاخيرة من المادة السابقة وفى حالة ما اذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء ، يكون المشترى مخيرا بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات فى الحالتين اذا ثبت علم البائع بالعب الخفى .

م ٣١٥/٣٨٩ : اذا كان البائع لايعلم بالعيب الخفى الموجود فى المبيع ، فالمشترى له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع ، وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣١٨/٣٩٢ : اذا كان العيب الخفى الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لايوجب الامتناع من الشراء لو اطلع عليه المشترى ، كان للمشترى الحق فى تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة .

م ٣١٩/٣٩٤ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية فى الحالة التى هو عليها ، وبتطبيق =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤١٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٣٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٨٨/١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الماده ٤٤٩ — ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥١٣/١ (١) .

= نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه .

(وتخالف هذه الاحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، والعبرة بوقت تمام البيع ، فان تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى ، والا فأحكام التقنين الجديد — انظر فى القانون المدنى السابق الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٠٧) .

(١) فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٨ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ — فقرة ٢٠٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٨/١ : اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشترى مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى .

(والحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقى بالفقه الحنفى فى هذه المسألة ، فهو لايجيز فى خيار العيب الا الفسخ او استبقاء المبيع بكل الثمن . فاذا تعذر الفسخ بتعذر رد المبيع ، جاز للمشترى فى هذه الحالة انقاص الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقا لما قررته المادة ٥٦٥ عراقى متفقة فى ذلك مع أحكام الفقه الاسلامى اذ تقول : « يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة ، بأن يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان » — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٤٩ : اذا وجد ما يوجب رد المبيع اما لوجود عيوب فيه واما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشترى أن يطلب فسخ البيع واعادة الثمن . ويحق له علاوة على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر فى الاحوال الاتية : أولا — عندما يكون البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم اتصافه بالصفات التى وعد بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان ، ويقدر البائع عالم بذلك اذا كان تاجرا أو صانعا يبيع منتجات صناعته ، ثانيا — اذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر الا بعد البيع أو كانت من العيوب التى يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية . ثالثا — اذا كان وجود الصفات التى تبين خلو المبيع منها مشروطا بصراحة أو كان العرف التجارى يوجب وجودها . =

والآن نفرض أن المشترى قد أخطر البائع بالعيب فى الوقت الملائم على الوجه الذى بيناه ، فهو بعد هذا الاخطار يكـون لـه الحـق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التقنين المدنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما هى مقـررة فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويين واضح ، ففى كلتيهما لم تبلغ خسارة المشترى ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضـيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلـغ من الجسامة حدا لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

=. م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو فى حالة السـلامة وقت العقد من جهة ، ثمبتقدير قيمته فى حالته الحاضرة من جهة أخـرى ، وعندما يكون البيع منعقدا على عدة اشياء مشتراة صفقة واحده ، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الاشياء التى تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشترى فى حالة فسخ البيع ان يرد : أولا — الشىء المصاب بالعيب الموجب للرد كما استلمه مع ما تبعه وما يعد جزءا منه وما التحق به بعد ابرام العقد . ثانيا — ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضى أو الحكم به وثماره السابقة لهذا التاريخ . أما اذا كانت الثمار غير منعقدة وقت البيع ، فيحق للمشترى أن يأخذها اذا جناها ولو قبـل النضوج كما يحق له أن يأخذ أيضا الثمار الناضجة وان كان لم يجنهـا . ويلزم من جهة اخرى : أولا — أن يدفع المشـترى نفقـات الزرع والرى والصيانة ونفقات الثمار التى ردها المشترى اليه . ثانيا — أن يرد الثمن الذى قبضه ونفقات العقد القانونية. ثالثا — أن يعوض المشترى عن الخسارة التى الحقها المبيع ، اذا كان البائع محتالا .

(وتختلف هذه الاحكام عن أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل به لنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدنى المصرى ولكن يمكن الاخذ به لاتفاقه مع القواعد العامة وكتطبيق لنص المادة ٤٩٢ كويتى .

التقنين المدنى الاردنى م ١/٥١٣ : اذا ظهر فى المبيع عيب قـديم كان المشترى مخيرا ان شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امسـاكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن . (وهذا النص يختلف فى حكمه مع حكم التقنين المدنى المصرى ، ذلك أن التقنين الاردنى قد جارى التقنين العراقى فى التأثر بالفقه الحنفى الذى لا يجيز فى خيار العيب الا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن ، ولا يجيز للمشترى امساك المبيع مع انقاص ثمنه بما انقصه العيب من الثمن) .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد :

« أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعيا لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق و فى ضمان العيب ، فان الضمانين مردهما الى أصول واحدة فى القواعد العامة • فالواجب اذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقـرر فى ضمان الاستحقاق • ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسـيم يكـون المشترى مخيرا فيه بين الفسخ أو ابقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشترى ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب • واذا لم يكن العيب جسيما ، فلا يكون للمشترى الا التعويض • ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما اذا كـان البائع سيىء النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم بـــه • ففى الحالة الاولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعا ، وفى الحالة الثانية لا يعوض الا عن الضرر المباشر المتوقع » (١) •

فيجب اذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكـون العيب جسيما بحيث لو أن المشترى كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كـان لو علمه المشترى لاقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل •

ففى الفرض الأول ، اذا كان العيب جسيما الى الحـد السـالف الذكر ، كان المشترى مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه الى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ — ص ١٢٤ •

(٢) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التى قد يرفعهـا عليه من اشترى منه الشىء المعيب واذا رفع احدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها الى الاخرى مادام لم يصدر فى الدعوى الاولى حكم حاز قوة الامـر المقضى (وأبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ — بودرى وسينيا فقرة ٤٣٢ ص ٤٥١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) • وله أن يرفع =

وفى الفرض الثانى ، اذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار اليها ، لا يكون للمشترى الا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشترى اذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطالب بمبالغ معادلة للمبالغ التى يرجع فى حالة الاستحقاق الكلى اذا كان العيب جسيما ولم يختر استبقاء المبيع . أما اذا كان العيب غير جسيم ، أو كان جسيما واختار استبقاء المبيع ، فانه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . ونذكر الآن فى ايجاز عناصر التعويض فى الحالتين ، وفقا لما جاء فى المادة ٤٤٤ مدنى وفى المادة ٤٤٣ مدنى التى أحيل اليها .

ففى حالة رد المبيع الى البائع (٢) ، يرد المشترى المبيع كما هو بالعيب اللاحق به ، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . ويأخذ من البائع فى مقابل ذلك :

١ — قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه

= دعوى رد المبيع المعيب بصفة اصلية دعوى التعويض بصفة احتياطية ، اما اذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها الى دعوى التعويض بصفة احتياطيه ، فانه يتعذر على المحكمة أن تقضى بالتعويض اذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Vice Réd. فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، فى مطالبة المشترى بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفى بمجرد دفع يبديه عندما يطالبه البائع مثلا بالثمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(١) أما اذا لم يصب المشترى ضرر من العيب ، فانه لا يرجع بشىء على البائع . فاذا اشترى صانع السفينة جهازا من أجهزتها لتركيبه فى السفينة ، وكان هذا الجهاز معيبا ، ثم باع السفينة علما تم صنعها ، ولم يرجع المشترى عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشىء لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٢) ولا يكون هذا فسخا للبيع بالرغم مما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائما وهو مصدر الضمان كما هو الامر فى ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

القيمة من وقت البيع على النحو الذى فصلناه فى ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .

٢ — المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيء النية أى يعلم بوجود العيب فى المبيع وقت تسليمه للمشترى (٣) .

٣ — جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك فى حالة ما اذا كان البائع قد اضطره الى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشترى بالعيب فى الوقت الملائم .

٤ — وبوجه عام التعويض عما لحق المشترى من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناه فى ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه اذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولا الا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما اذا كان سيىء النية أى يعلم بالعيب كان مسئولا حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقا للقواعد العامة فى المسئولية .

وفى حالة استبقاء المشترى للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٢) وفى ضمان الاستحقاق لا يرجع المشترى على البائع بالمصروفات الضرورية لانه يرجع بها على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق، ومن ثم يرجع المشترى بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذى يسترد المبيع .

(٣) والمفروض ان البائع حسن النية حتى يقيم المشترى الدليل على أنه سيء النية . واذا كان البائع تاجرا او صانعا يبيع السلعة المعيبة . جاز القول بافتراض انه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نيته (انظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفا نفس الفقرة فى الهامش). وانظر ايضا فى هذا المعنى اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ — بودرى وسينيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ — جوسران ٢ فقرة ١١٢١ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٣٢٢ .

بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا ، وبمصروفات دعوى الضمان اذا اضطره البائع الى رفعها ، وبوجه عام ما لحقة من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب (١) مع ملاحظة أن يكون البائع سيىء النية مسئولا حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول • ويجوز أن يكون التعويض فى جعل البائع يصلح العيب اذا كان قابلا للاصلاح ، أو أن يصلحه المشترى على نفقة البائع (٢) •

٣٧٥ — هلاك المبيع المعيب — نصوص قانونية : وتنص المادة ٤٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان » (٣) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اختار المشترى — وفقا لحكم المادة ٤٤٤ من القانون المدنى — استبقاء المبيع فانه لا يكون له الا ان يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا ومصروفات دعوى الضمان الذى اضطره البائع اليها وبوجه عام مالحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب : نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٠ ص ٢٦٤ •

كما قضت محكمة النقض انه متى تضمنت الدعوى المطالبة بتعويض على اساس التزام البائع المدعى عليه بضمان العيب الخفى الذى وجد فى الماكينة المبيعة فانها لا تكون من الدعاوى التى ترفع بالطريق المرسوم لاوامر الاداء : نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٢٦٤ •

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ — جيوار ١ فقرة ٤٥٧ — بودرى وسينيا فقرة ٤٣٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ — ويشترط ان يكون الاصلاح ممكنا فى مدة معقولة ، اما اذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم فى أثنائها المشترى من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدى (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ١٩) •

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدرا » • وفى لجنة المراجعة عدل النص فاصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة انه اذا هلك المبيع بفعل المشترى طبقت القواعد العامة اذ يمتنع على المشترى طلب الفسخ (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع الا بضمان العيب (أى بتعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب) • وصارت المادة رقمها ٤٦٤ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ١٢٠ — ص ١٢١) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٣/٤٠٠ (١)

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤١٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٠ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٦٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٥٥ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٩٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥١٦ (٢) .

---

(١) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٣٢٣/٤٠٠ : اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفا بحسب الاحوال .

م ٤٠١ مختلط : اذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى ، فهلاكه ايضا على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتا او كان تقدير نقصان الثمن ممكنا فى الاحوال الجائز فيهـا نقصانه .

(وتختلف هذه الاحكام عن احكام التقنين الجديد كما هو ظاهر — والعبرة بتاريخ ابرام البيع فى سريان احكام التقنين الجديد — وانظر فى احكام التقنين السابق الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤١٢).

(٢) ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٩ — فقرة ٢١٠) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٠ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٤ : اذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقى يختلف عن حكم التقنين المصرى — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ — فقرة ٥٢٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٥٥ : لا يحق للمشترى استرداد شىء ولا خفض الثمن اذا كان لم يستطع رد المبيع فى الاحوال الآتية : أولا — اذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة او بخطأ من المشترى أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانيا — اذا كان المبيع قد سرق او انتزع من المشترى . ثالثا — اذا حول المشترى المبيع الى شكل لم يبق معه صالحا لما أعد له فى الأصل .

م ٤٥٦ : اذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصابا به أو بقوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . واذا كان سىء النية ، لزمه ايضا ان يؤدى بدل العطل والضرر . =

ويفرض النص أن المبيع المعيب قد هلك بعد أن تسلمه المشترى ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فان هلاكه يكون على البائع ولا محل اذن لقيام ضمان العيب . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد « اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع .. حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (١) » .

فهلاك المبيع المعيب اذن وهو فى يد المشترى لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشترى دائما أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشترى للمبيع . أما اذا كان العيب جسيما الى حد يسوغ للمشترى رد المبيع ، فلا يجوز للمشترى الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع الا اذا كان هلاك المبيع غير منسوب الى فعله . فاذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبى فانه يكون غير منسوب الى فعله ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالبا برد المبيع (٢) لأن الرد استحال عليه لا بفعله بل بسبب أجنبى ، وانما يرد الى البائع ما أفاده من المبيع (٣) . أما اذا كان الهلاك بفعله ، فانه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل اذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب

= (وحكم التقنين اللبنانى يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٩٣ (مطابقة للمادة ٤٥١ من التقنين المدنى المصرى .

التقنين المدنى الأردنى م ٥١٦ : اذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم فى يد المشترى أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن (وحكم هذا النص ماخوذ عن الفقه الحنفى والتقنين المدنى العراقى ويختلف عن حكم التقنين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) الا ما عسى أن يكون باقيا منه اذا كان الهلاك جزئيا .

(٣) أنظر فى هذا المعنى فى حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فى نفس الفقرة فى الهامش) . وفى التقنين الفرنسى (١٦٤٧/١) الهلاك على المشترى ولو هلك الشىء معيبا =

يرجع الى فعله : ومن ثم وجب عليه أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين فى حالة استبقائه للمبيع (١) .

٣٧٦ — بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع المعيب : وقد يطرأ على المبيع المعيب ظروف أخرى غير الهلاك الذى سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف فى شىء من الاسهاب ، ناقلا فى بعض الحالات أحكام الفقه الاسلامى . والفقه الاسلامى يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاما مفصلة معروفة ، لا يساير فى بعضها المبادىء العامة للقانون المصرى ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناسق فى أحكمه ، فوجب الرجوع فى هذه المسائل الى القواعد العامة (٢) .

= الا اذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما اذا كان الهلاك بسبب أجنبى تحمل تبعته المشترى . وهذا الحكم منتقد من الفقه الفرنسى (جيوار ١ فقرة ٤٧٩ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ — ولكن بودرى وسينيا فقرة ٤٣٩ يدافعان عن هذا الحكم لاعتبارات عملية) . والتقنين الالمانى (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع بسبب أجنبى على البائع لا على المشترى ، كما كان يفعل القانون الرومانى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) — وهذا هو أيضا رأى بوتييه (بوتييه فى البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكابيتان عن الحكم الذى قرره التقنين الالمانى لاعتبارات عملية هى عكس الاعتبارات العملية التى دافع بها بودرى وسينيا عن الحكم الذى قرره التقنين الفرنسى : تعذر معرفة ما اذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبى أم بسبب العيب .

(١) أنظر فى هذا المعنى ما دار فى لجنة المراجعة فى شأن النص : آنفا نفس الفقرة فى الهامش . أنظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٢٨ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩١ — وقارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧٢ والاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥٤ والاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٣ .

ولكن اذا كان استعمال المبيع لا يكون الا باستهلاكه ، كالبذور تغرس فى الارض وكالسماد يختلط بها ، جاز للمشترى أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وان كان قد هلك بفعله .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالى (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده (م ٣١٦ — ٣٩٠/٣١٧ — ٣٩٢) ، وبشأن ظهور عيب جديد فى المبيع (م ٣٩٩ مختلط) ، وبشأن هلاك المبيع بسبب =

ونذكر من الظروف التى قد تطرأ على المبيع المعيب ، غير الهلاك ، الظروف الآتية :

١ — ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم •

٢ — تصرف المشترى فى المبيع المعيب •

٣ — تحول المبيع المعيب الى شىء آخر •

٤ — زوال العيب الذى كان لاحقا بالمبيع (١) • ونبين فى ايجاز ماذا يؤدى اليه تطبيق القواعد العامة فى كل من هذه الظروف •

= العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (م ٣٢٣/٤٠٠ — ٤٠١)، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها الى القواعد العامة ، واكتفى بأن تقرر ان دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب او هلك قضاء وقدرا (٥٩٧ من المشروع) ، حتى تنتفى الشبهة فى ان هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) .

(١) وقد تناول التقنين المدنى السابق ايضا تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٣١٦/٣٩٠ على أنه « فى الاحوال التى يثبت فيها للمشترى حق الفسخ اذا كان البيع فى جملة أشياء معينة، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم، فليس له فسخ البيع الا فى جميع المبيع » . ونصت المادة ٣١٧/٣٩١ على أنه « اذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر » . ونصت المادة ٣٩٢ من التقنين المدنى المختلط على أنه اذا كان المبيع فى الاحوال المذكورة من الاشياء التى يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشترى ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو فى جزء من المبيع » .

ولم ينقل التقنين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذى تم قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٠ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع اذا تعيب فى بعضه ، كان للمشترى أن يرده كله ويأخذ تعويضا كاملا اذا كان العيب بحيث لو كان يعلمه وقت البيع لما اقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب اذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار اليه . وهذا كله اذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، والا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . انظر الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٧٥ — الاستاذ محمد على امام ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧١ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨١ — ٢٨٢ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ — ٢٠٧ — ويكون المبيع قابلا للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر الى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى فى هذه المسألة نصا تأثر فيه =

فاذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هـذا العيب اذا كان بسبب أجنبى لا يمنع المشترى من رد المبيع وأخذ تعويض كـامل ، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبى لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبى . أما اذا كـان العيب الجـديد بفعـل المشترى ، كان هذا مانعا من الرد ، ويقتصر المشترى فى هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

= بالفقه الاسلامى ، اذ قضت المادة ٥٦١ من هذا التقنين بأن « ما بيـع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيبا ، فاذا لم يكن فى تفريقه ضرر كان للمشترى أن يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له ان يرد الجميع بكل الثمن » .

وأورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذه المسألة النصوص الآتية: م ٤٥٠ : اذا كان المبيع منعقدا على مجموع أشياء معينة ، وكان قسم متعيبا ، حق للمشترى أن يتذرع بالحق الممنوح له فى المادة السابقة . واذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشترى أن يطلب الا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببدل العطل والضرر عند الاقتضاء . م ٤٥١ : اذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراه جملة بثمن واحد ، حق للمشترى ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الاشياء ، وان يسترد من الثمن جزءا مناسبا له . أما اذا كانت الاشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجا ، فلا يحق له الا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : ان الفسخ بسبب عيب فى أصل المبيع يتناول فروعه أيضا ، وان كان ثمن الفروع معينا على حدة . وعيب الفرع لا يفسخ بيع الأصل .

(وقد خرج التقنين اللبنانى فى بعض هذه النصوص على قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدنى المختلط (م ٣٩٩) يورد فى هذه المسألـة الحكم الآتى : « اذا حدث المبيع بسبب حادث قهرى جديد .. أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشترى أو بفعل أى شخص آخر ، فلا يكون للمشترى الحق فى فسخ البيع الا اذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . انما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفا مع مراعاة العيب الجديد فيه . انما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفا مع مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذى حصل » . فهذا النص يمنع المشترى من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهرى ، وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا . ولما كان هذا النص فى التقنين المختلط ليس له نص مقابل فى التقنين الوطنى ، فلا يطبق الا فى البيع الذى كان خاضعا للتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد التقنين المدنى العراقى (م ٥٦٢) فى هذه المسألة الحكم الآتى =

واذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب ، فان كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب ، اعتبر هذا نزولا ضمنيا منه عن ضمـــمان العيب ، الا اذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع الا بتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو الا اذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضا الرجوع على بائعه . وقد أورد التقنين المدنى السابق نصا فى هذه المسألة يتفق مع هذا الحـــكم ، فقضت المادة ٣٢٥/٤٠٣ من هذا التقنين بأن « تصرف المشترى فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب ســـقوط حقه فى طلب الضمان » (٢) . أما اذا كان تصرف المشترى فى المبيع المعيب قبل اطلاعه

= وقد تاثر فيها بالفقه الاسلامى : « ١ — اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى ، فليس له ان يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له ان يطالب بنقصان الثمن ، ما لم يرض البائع باخـــذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد . ٢ — فاذا زال العيب الحادث ، عـــاد للمشترى حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع » .

واورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : لا سبيل لفسخ البيع ، لا حق للمشترى الا فى المطالبة بتخفيض الثمن : اولا — اذا تعيب المبيع بخطأ منه او من الاشخاص الذين يكون مسئولا عنهم . ثانيا — اذا استعمل المشترى المبيع استعمالا يؤدى الـــى نقص كبير فى قيمته . ويسرى هذا الحكم اذا استعمل المبيع قبل علمه ، اما اذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق احكام المادة ٤٦٢ . م ٤٦٢ : يسقط حق المشترى فى دعوى الرد : اولا — اذا عدل عنهـــا صراحة بعـد وقوفه على عيب المبيع . ثانيا — اذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشىء او تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثا — اذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمستغلات الاخرى المماثلة ، فانـــه يمكن الاستمرار فى سكناها او استعمالها فى مدة المداعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتفق ايضا مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين وتقضى بأن « تنقيص الثمن الذى ناله المشترى من اجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع او تخفيض آخر فى الثمن اذا ظهر عيب آخـــر » .

(١) قارن الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ولم ير المشروع موجبا لايراد ما تضمنته المادة ٣٢٥/٤٠٣ من التقنين الحالى =

على العيب ، فانه لا يستطيع فى هذه الحالة رد المبيع الى بائعه بالعيب ، اذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضامن للتعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول • فلا يبقى أمام المشترى الأول الا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب على الوجه الذى بيناه (١) • وهذا ما لم يرد المشترى الثانى المبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشترى الأول هو أيضا أن يرد المبيع على بائعه بنفس العيب (٢) • وكتصرف المشترى فى المبيع المعيب ترتيبه عليه حقا للغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٣) •

واذا تحول المبيع المعيب وهو فى يد المشترى الى شىء آخر ، فاذا كان هذا التحول بفعله ، فان كان بعد اطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وان كان قبل اطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشترى

= (السابق) وهى تقضى بأن تصرف المشترى فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخلفى يوجب سقوط حقه فى طلب الضمان ، فان هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة » مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وهذا هو أيضا حكم التقنين المدنى العراقى ، فقد نصت المادة ٥٦٦ من هذا التقنين على أنه « اذا اطلع المشترى على عيب قديم فى المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف الملاك . سقط خياره » .

انظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق ذكرها فى الهامش من نفس الفقرة .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٢) بودرى وسبنيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ — ٤٥٢ — وقد ورد فى المادة ٣٨٨/٣١٤ من التقنين المدنى السابق : « ... يكون المشترى مخيرا بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن ، وبين طلب نقصان الثمن » ويوهم هذا النص أن الفسخ جائز اذا ثبت للغير على المبيع حق غير الرهن . والظاهر أن الفسخ لايجوز من باب أولى اذا ثبت للغير بدلا من حق الرهن حق الملكية ذاته ، انما خص الرهن بالذكر لان التقنين المدنى السابق كان يعنى عناية خاصة بحماية الدائنين المرتهنين » .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ وص ١٥٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٧ — وقارن بودرى وسينيا فقرة ٤٣٥ — وذلك ما لم يقض المشترى هذا الحق الذى رتبه للغير ، كأن دفع الدين للدائن المرتهن وشطب الرهن .

الرجوع على البائع الا بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب (١) . واذا كان هذا التحول بسبب أجنبى لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبى لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول (٢).

واذا زال العيب الذى كان لاحقا بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته موقتا اذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشترى أن يرجع على البائع بضمان العيب ، لأن سبب الضمان قد زال لا الى رجعة فيزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن « تسقط دعوى الرد اذا زال العيب قبل اقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو فى أثنائهما ، وكان هذا العيب بطبيعته موقتا وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم اذا كان العيب قابلا بطبيعته للرجوع » .

٣٧٧ — تقادم دعوى ضمان العيب الخفى — نصوص قانونية : تنص المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول » .

« ٢ — على أنه لا يجوز أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ ص ١٤١ .

(٢) انظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٤٥٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وقد سبق ذكرها آنفا فقرة ٣٧٥ فى الهامش . وقد أورد التقنين المدنى العراقى (م ٥٦٣) فى هذه المسألة الحكم الآتى : « ١ — زيادة شىء من مال المشترى على المبيع تمنع الرد ، كصبغ الثوب المبيع أو البناء فى الأرض المبيعة أو ظهور الثمر فى الشجر المبيع . ٢ — فاذا حدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد ، ثم اطلع المشترى على عيب قديم فيه ، فانه يرجع على البائع بنقصان الثمن . ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث » .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ وص ٢٢٥) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٤/٤٠٢ (١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٧٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٦٣ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٩٦ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٢١ (٢) .

---

(١) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٤/٤٠٢ وتجرى على الوجه الآتى : « يجب تقديم دعوى الضمان الناشىء عن وجود عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، والاسقط الحق فيها » .
ويخالف هذا النص نص التقنين الجديد فى أمور ثلاثة : أولا — مدة التقادم فى التقنين الجديد سنة ، وهى ثمانية أيام فى التقنين السابق . ثانيا — وهى مدة تقادم فى التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم فى التقنين السابق (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤١٦) — ثالثا — وتسرى المدة فى التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفى التقنين السابق من وقت العلم اليقينى بالعيب (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض رقم ٤٧ ص ٣٠٧) . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : وعدل المشروع احكام المادة ٣٢٤/٤٠٢ من التقنين المدنى الحالى (السابق) ، وهى تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشىء عن عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والا سقط الحق فيها . فراعى أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر ان التقادم لا يتم الا بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشترى الا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأطال المدة الى سنة ، ولكنه جعلها تسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقا لاستقرار التعامل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) واذا كان التقنين السابق جعل المشترى يبادر الى رفع الدعوى فى ثمانية أيام ، فان التقنين الجديد جعله يبادر الى اخطار البائع بالعيب فى خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسلم المبيع .

ومدة السقوط فى التقنين السابق بوجه عام اقصر من مدة التقادم فى التقنين الجديد ، ولكنها قد تكون أطول اذا لم يعلم المشترى بالعيب الا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع انه لو ضم الى هذه المدة ثمانية ايام كان المجموع اطول من سنة .

ويبدو انه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدنى فى تنازع التقنين الجديد والسابق من حيث الزمان ، لان المدة فى التقنين السابق مدة سقوط وهى مدة تقادم فى التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يسرى التقنين السابق فى عقود البيع التى ابرمت قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ويسرى التقنين الجديد فى عقود البيع التى ابرمت بعد ذلك .

(٢) ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

ونرى من ذلك أن مدة التقادم فى دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة » ، وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهددا بهذا الضمان أمدا طويلا يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسلم المشترى للمبيع ، ففى هذا الوقت يصبح من الممكن للمشترى

= التقنين المدنى السورى م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ — فقرة ٢١٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤١ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٠ : ١ — لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة اطول . ٢ — وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذ ثبت أن اخفاء العيب كان بغش منه . (وهذه الاحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا ان المدة فى التقنين العراقى ستة أشهر وهى فى التقنين المصرى سنة — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ — فقرة ٥٤٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٦٣ : ان الدعوى الناشئة عن وجود عيب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب ان تقام على الوجه التالى والا سقط الحق فى اقامتها : ١ — تقام من اجل الاموال الثابتة فى خلال ٣٦٥ يوما بعد التسليم . ٢ — وتقام من أجل المنقولات والحيوانات فى خلال ثلاثين يوما بعد التسليم على شرط أن يرسل الى البائع البلاغ المنصوص عليه فى المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمديدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبنانى وأحكام التقنين المصرى : ١ — المدة فى التقنين اللبنانى ٣٦٥ يوما للعقار وثلاثون يوما للمنقول ، وهى فى التقنين المصرى سنة لكل من العقار المنقول . ٢ — يمكن الاتفاق على تقصير المدة فى التقنين اللبنانى ، ولا يمكن ذلك فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٩٦ : ١ — تسقط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول . ٢ — وليس للبائع ان يتمسك بالسقوط ، اذا ثبت له انه تعمد اخفاء العيب غشا منه . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى صياغة الفقرة الثانية) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٢١ : ١ — لاتسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة اشهر على تسلم المبيع مالم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول . ٢ — وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن اخفاء =

أن يفحص المبيع ليتبين ما اذا كان فيه عيب موجب للضمان (١) • ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، حتى لو كان المشترى لم يعلم بالعيب الا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يستقر التعامل كما قدمنا ، فمتى سلم البائع المبيع للمشترى وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفى واطمأن الى استقرار الصفقة ، غير ملق بالا الى ما اذا كان المشترى سيطلع فيما بعد على عيب فى المبيع (٢) •

ومدة السنة يجوز قطعها وفقا للقواعد المقررة فى قطع مدد التقادم (٣) ، ولكنها لا توقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونيا ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى) • وتوقف المدة اذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدنى) •

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها

= العيب كان بغش منه . (وهذه المادة تتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى باستثناء المدة فهى فى التقنين المدنى الاردنى ستة أشهر فقط بينما هى فى التقنين المدنى المصرى سنة) .

(١) ولذلك يجب أن يكون التسليم فعليا ، فلا يكفى التسليم الحكمى ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدنى فى حالتنا هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدنى فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع (انظر الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ هامش ١ — وانظر الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٥ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٤ — ص ٢٨٥ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥١ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مدة التقادم المنصوص عليها فى المادة ٤٥٢ خاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، أما دعوى ضمان الاستحقاق فانها لا تتقادم الا بخمس عشرة سنة : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٣) ولا يكفى اخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون .

القانون (١) • واذا كان يجوز الاتفاق على اطالة السنة ، فذلك لأنه ورد فى هذا الشأن نص صريح ، اذ تقول العبارة الأخيرة من الفقـرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدنى : « ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » واذا أضفنا الى ذلك الفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ مدنى ، تبين أن مـدة التقادم فى ضمان العيب الخفى تكون أطول من سنة فى حالتين :

١ ــ اذا اتفق المتعاقدان على اطالة مدة السنة • كذلك يجوز بعـد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمنا عن التقادم بعد أن اكتمل ، وفقـا للقواعد العامة (م ٣٨٨/٢ مدنى) •

٢ ــ اذا أثبت المشترى أن البائع قد تعمد اخفـاء العيب عنـه غشا (٢) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع

---

(١) انظر مع ذلك ما جاء بالمـذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيـدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق عـلى انقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح ــ قارن الاستاذ أنور سلطان فقـرة ٢٨٥ والاستاذ محمد على امام ص ٣٩١ والاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٦ وص ٢٨٧ والاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٨ والاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥١ ص ٥٢١ وفقرة ٣٥٧ والاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، ويذهبون مع المذكرة الايضاحية الى جواز الاتفاق على انقاص مدة التقادم .

(٢) ولا يكفى مجـرد علم البائع بالعيب ، فلو عـلم بالعيب ولكن لم يتعمد اخفاءه غشا كانت مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدنى ان يتمسك بمدة السنة لتمام التقـادم اذا ثبت انه تعمد اخفاء العيب غشا منه ، واذ كان المشرع قد الحق حالـه تخلف الصفة بالعيب الخفى واجرى عليها احكامه فيما يختص بقواعـد الضمان ، بأن جعل للمشترى الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، تحقيقا لاستقرار المعاملات ، فان الحكم المطعون فيه اذ اقام قضاوءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على اساس تعمد البائع اخفاء هذا العيب غشا منه ، فانه لايكون قد خالف القانون او خطأ فى تطبيقه ، ذلك ان مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة اخذا بالاصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم : نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعـة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١١٣ ص ٦٩٧ .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى ان الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسـلم المشترى للمبيع ، غير انه اذا تعمد البائع اخفاء العيوب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة الا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع ، ولما كان بين مما قرره الحكم ان رغم أن البائع ــ مورث الطاعنين =

لا من وقت التسليم ، رجوعا الى الأصل بعد أن خرجنا من نطـــاق الاستثناء . فاذا كشف المشترى العيب الذى أخفاه عنه البائع غشا حتى بعد انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب فى خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع كما قدمنا (١) .

٣ ـ الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفى

٣٧٨ ـ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٣ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضـــمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب فى المبيع غشـــا منه » .

وتنص المادة ٤٥٥ على ما يأتى :

= كان يعلم أن الدور الاول من العقار المبيع كان مؤجرا من قبل بمبلغ ثمانية جنيهات شهرية ، فانه ضمن للمشترين المطعون عليها الثانية ومورث المطعون عليها الاولى ــ ان العقار يغل قدرا كبيرا من الريع اذ اســـتأجر منهما هذا الدور بمبلغ ٣٥ جنيها شهريا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع على العقد النهائى على ان تكون الاجرة ٣٠ جنيها شهريا بعد انتهاء هذه المدة مما جعل المشترين يقبلان على تحديد ثمن العقار بمبلغ ٨٥٠٠ جنيها ، ثـم اقام ورثة البائع دعوى قضى فيها بتخفيض الاجرة وخلص الحكم من ذلك الى ان المبيع به عيب خفى تعمد البائع اخفاؤه عن المشتريين غشا منه واستند الى اسباب سائغة تكفى لحملة فى هذا الخصوص ، وكان الحكم فيما أورده على النحو سالف الذكر قد بين عناصر الغش الذى نسبه الى البـــائع وكيف تعمد اخفاء العيب . واذ رتب الحكم على ما انتهى اليه ان مدة تقادم دعوى الضمان فى هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وان هـــذه المدة لم تنقضى بعد حتى رفع الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٤٥ .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ثم اجاز (المشروع) ان تطول السنة فى حالتين : (اولا) اذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة اطول ، وهذا اتفاق على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسيأتى ذكر ذلك . (ثانيا) اذا تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة الا بخمس عشرة سنة » مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

« اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شـــهر من من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار والا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » (١) .

ويقابل النص الأول فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٩٦/٣٢١ (٢)، ولا مقابل للنص الثانى ولكنه تطبيق للقواعد العامة الا فيمـا يتعلـق بالمواعيد المذكورة فيه .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٤٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « غشا منه » الواردة فى آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . واضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « غشا منه » فى آخر النص ، وقد اصبح رقمه ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ — ١٢٨).

م ٤٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يجعل المدة التى ترفع فيها الدعوى سنة لا ستة شهور ، ولم يشتمل على عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غيره » الواردة فى آخـــــر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التى ترفع فيهـا الدعوى من سنة الى ستة شهور ، واصبح رقمه ٤٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . واضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « كـل هذا ما لم يتفق على غيره » فى آخر النص ، لان الاحكام الواردة فى النص من قبيل القواعد المتممة التى يجوز الاتفاق على مخالفتها ، واصبح رقمه ٤٥٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الاعمـال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ — ص ١٣١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٩٦/٣٢١ : وكذلك لا يكون وجه لضمان البائع اذا كان قد اشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية الا اذا ثبت علمه بها .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هـــذا النص : « ويقتصر التقنين الحالى (السابق) فى نصوصه على صورة اسقاط الضمان، فيقرر جواز ذلك ما لم يكن قد ثبت علم البائع بالعيب (م٣٢١/٣٩٦). اما المشروع فيشترط لبطلان شرط الاسقاط ان يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب كما تقدم » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . انظر فى القانون المدنى السابق الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤١٣ — انظر فى سريان نصوص التقنين الجديد من حيث الزمان ما يلى فقرة ٢٧٩ فى الهامش .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٤٦٠ و ٤٦١ — وفى التقنين المدنى الكويتى ٤٩٥ و ٤٩٩ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥١٤/٤ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١١ — فقرة ٢١٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٢ و ٤٤٤ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٧ : ١ — اذا ذكر البائع أن فى المبيع عيبا فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ — واذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب . ولكن فى الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفى هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .

م ٥٦٨ : ١ — يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان . ٢ — على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها كأحكام التقنين المصرى ، وانظر ما سنذكره فيما يلى فقرة ٣٧٩ فى الهامش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس الا تطبيقا للقواعد العامة — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولا عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وانما يكون مسئولا ، حتى عن العيوب التى كان من السهل على المشترى ان يعرفها ، اذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولا — اذا صرح بها . ثانيا — اذا كان قد اشترط انه لا يتحمل ضمانا ما .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها لا تخلف عن احكام التقنين المصرى ،ولم يذكر التقنين اللبنانى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى م ٤٩٥ (مطابقة للمادة ٤٥٣ من التقنين المدنى المصرى)

=

ويتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام ضمان العيب الخفى كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة خاصة هى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلا من المسألتين .

٣٧٩ — تعديل أحكام ضمان العيب الخفى باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفى ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام العام (١) ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون — كما فى ضمان التعرض والاستحقاق — بالزيادة أو بالاسقاط .

فالاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة فى أسباب الضمان أن يشترط المشترى على البائع أن يضمن له كل عيب فى المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادى ، أو أن يتفق معه على اطالة مدة التقادم فتكون أكثر من

= م ٤٩٩ : ١ — اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل فى المبيع خلالها ، فعلى المشترى ان يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره . ٢ — فاذا لم يقم البائع باصلاحه الخلل ، كان للمشترى ان يطلب الفسخ مع التعويض او ان يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفى الحالين يجب رفع الدعوى فى مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل ذلك مالم يتفق على خلافه . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع حكم المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الأردنى . م ٤/٥١٤ : لايكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية : ١ — ...... ٤ — اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه او عن عيب معين الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب او كان المشترى بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع حكم التقنين المدنى المصرى الوارد فى المادة ٤٥٣ . ولا مقابل فى التقنين الاردنى لنص المادة ٤٥٥ من التقنين المدنى المصرى وان كان يمكن العمل به لاتفاقه مع القواعد العامة) .

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٥ .

سنة وقد سبق ذكر ذلك • وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل أنما هــو ضرب من الاتفاق على زيارة أسباب الضمان كما سنرى • ومثل زيــادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشترى ، اذا ظهر عيب فى المبيع يجيز رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالما أو الثمن فكل هذه الشروط التى من شأنها أن تزيد فى ضمان البائع للعيب الخفى جائزة ، ويجب العمل بها •

والاتفاق على انقاص الضمان قد يتعلق أيضا أما بأسباب الضمان واما بدعوى التعويض • مثل انقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشترى ألا يضمن له عيبا معينا يذكره بالذات ؛ أو ألا يضمن له العيوب التى لا تظهر الا بالفحص الفنى المتخصص (١) • وقد قدمنا أنه لا يجوز انقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد • ومثــل انقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشترى ، اذا رد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشترى الا أقل القيمتين قيمة المبيع سليما أو الثمن ، أو ألا يرد الا قيمة المبيع سليما دون أن يدفع أى تعويض آخر وقد يتفق بائع السيارة مع المشترى على أنــه اذا ظهــر عيب فى بعض أجزاء السيارة انحصر فى استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة فى مدة معينة (٢) • فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها • الا أنــه يشترط فى صحتها ألا يكون البائع عالما بالعيب الذى اشترط عدم ضمانه فتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه ، ذلك أنه لا يستطيع شــخص أن يعفى نفسه باتفاق خاص من المسئولية عن غشه (٣) • ولا يكفى أن يكون البائع عالما بالعيب ، بل يجب أيضا أن يتعمد اخفاءه فاذا كان البــائع

---

(١) وكاشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع وصبغته (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ .Vice Réd ص ٤١ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٥)•

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٩ ص ١٥٩ •

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
« ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة =

عالما بالعيب ولم يتعمد اخفاءه عن المشترى واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشترى باشتراطه عدم الضمان الى احتمال وجود العيب ، ولم يغشه بتعمد اخفاء العيب عنه ، فقبل المشترى تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك فى تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهرا أو فى حكم الظاهر أو معلوما من المشترى ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن خفاء العيب شرط فى وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشترى به هو بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان .

والاتفاق على اسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشترى عدم ضمانه لأى عيب يظهر فى المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامنا لأى عيب يظهر فى المبيع (١) ، حتى لو كان يعلم بوجود

= الضمان كما لو اشترطت مدة اطول من سنة لرفع الدعوى ، او على انقاصه كما لو اشترطت مدة اقل من سنة (؟) او اشترط قصر الضمان على العيوب التى لا تظهر الا بعد الفحص الفنى ، او على اسقاط الضمان أصلا ، غير ان الاتفاق على الانقاص او الاسقاط باطل اذا اقترن بتعمد البائع لاخفاء العيب » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) .

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « واذا اشترط البائع براءته من كل عيب او من كل عيب موجود فى المبيع ، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب . ولكن فى الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفى الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث » (أنظر آنفا فقرة ٣٧٨ فى الهامش) ، وظاهر من هذا النص ان شرط براءة البائع من كل عيب شرط مطلق يعم العيب الموجود بالمبيع وقت والبيع والعيب الحادث بعده وقبل القبض ، اما شرط براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لانها هى العيوب التى كانت موجودة فى هذا الوقت فلا ينصرف الشرط الى غيرها . وقد ساير التقنين العراقى فى هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف فى هذا الفقه . والعبرة فى القانون المصرى بتفسير نية المتعاقدين ، فان ارادا الاطلاق برىء البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وان أراد التخصيص برىء البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون التى تحدث بعد ذلك ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

عيوب معينة ولكنه لم يتعمد اخفاءها عن المشترى (١) ويكون المشترى في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير ثمن المبيع . ونرى من ذلك أن شرط اسقاط الضمان لا يصح اذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسئوليته عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

٣٨٠ — **ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل** : في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الخلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشترى على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشترى في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب فحسب ، بل يشترط أيضا صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما اذا كان فيه عيب أو لم يكن (٣) . والذى

---

(١) وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٢١/٣٩٦) يقضى بغير ذلك ، فكان لايصح شرط اسقاط الضمان اذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر آنفا فقرة ٣٧٨ في الهامش) . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فان تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط اسقاط الضمان مع علم المشترى بالعيب باطلا ، والا كان صحيحا وفقا لاحكام التقنين الجديد .

وفي التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط اسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في التقنين المدنى المصرى السابق . وانقسم الفقه الفرنسى في اسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب اذا كان المشترى قد اشترى ساقط الخيار à Ses Risque et périls ، فرأى يذهب الى اسقاط الضمان (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهامش ٢٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٦٠) ، ورأى يذهب الى عدم اسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ — جيوار ١ فقرة ٣٥٤ — بودرى وسينيا فقرة ٤٢١) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئا من فعل البائع ، فيكون باطلا الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب او الاتفاق المطلق على اسقاط الضمان (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

(٣) قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ — وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل الى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم خفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المعتاد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٣٢) .

يعنى المشترى فى مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحا للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعا الى عيب معين • ذلك أن تركيب المبيع فى هذه الحالات يقتضى عادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع صـــــــالحا للعمل دون أن يمـــــكن اســـــــناد ذلـــك الى عيب بالذات • ومن هنا يجىء احتياط المشترى ،فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويطمئن بذلك الى أنه اشترى شيئا صالحا للعمل هذه المدة على الأقل ، ويغلب أن المبيع اذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحا للعمل بعد انقضائها الى المدى المألوف فى التعــامل • وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به •

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عــام فيمـــا يـــأتى :

أولا — أنه يجعل الضمان شاملا لأى نوع من الخلل فى المبيع حتى لو لم يكن هذا عيبا ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحا للعمل حتى يتحقق الضمان (١) • وغنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضـــمان البـــائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب فى المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٢) ، كالعيب فى طلاء الساعة الخـــارجى (٣) ؛ فتسرى القواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الاخطـــار فى الوقت المـــلائم لا فى مـــدة شهر (٤)

---

(١) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعا الى المشترى ، كأن تسقط الساعة من يده فتنكسر (الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١) •

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ •

(٣) الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ •

(٤) انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٧٥ — ويكون هذا بحسب ارادة المتعاقدين ، فان كانا يريدان جعل هـــذا الضـــمان يحل محل ضمان العيوب الخفية لم يكن للضمان الاخير محل الى جانبه ، وان كانا يريدان هذا الضمان بالاضافة الى ضمان العيوب الخفية دون أن يحل محلـــه وجب العمل بهذه الارادة • انظر فى هذه المسألة وفى انه يغلب أن يريد المتعاقدان =

ثانيا — أن يقترن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولا عن الضمان وهى مدة يقدر المشترى أنها تكفى لتجربة صلاحية الشىء للعمل كما اذا كان المبيع ساعة أو سيارة ، أو أنها تكفى لاستهلاك المبيع ذاتــه كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية •

ثالثا — أن المدة التى يجب فيها أن يخطر المشترى البائع بالخلل هى شهر من وقت ظهوره ، والا سقط الضمان • وفى الضمان العادى لم تحدد مدة للاخطار ، بل يكون ذلك فى الوقت الملائم كما سبق القول • ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان فى الحالة التى نحن بصددهــا على أن تكون مدة الاخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكــام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة فى النص (١) •

رابعا — أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هى ستة شهور من وقت الاخطار • وفى الضمان العادى المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا • ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور • فليست المدة هنا مدة تقادم بل هى مدة سقوط وهى ليست من النظام العام فتجوز اطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص • أما مدة السنة فى الضمان العادى فهى مدة تقادم ، تجــوز اطالتها ولا يجــوز تقصيرها كما سبق القول •

خامسا — يكون التعويض عادة فى هذا الضمان أن البائع يصلح

= احلال هذا الضمان محل العيوب الخفية بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ • ويذهب أوبرى ورو الى ان المفروض فى هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادى ما لم يكن البائع يعلم بالعيب فيضمنه الضمان العادى الى جانب الضمان الخاص (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٨) •

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣١ — ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر اعلان صــحيفتها اخطارا كافيا ، ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعــوى اذا سلم البائع بحقه •

المبيع حتى يعود صالحا للعمل ، واذا لم يكن قابلا للاصلاح ابدله بمثيل له يكون صالحا (١) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص النص الذى نحن بصدده ما يأتى : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٧٤) ، ولا نظير له فى التقنين الحالى (السابق). ويقصد به ضمان صلاحية المبيع فى الأشياء الدقيقة كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فاذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشترى البائع فى مدة شهر من ظهور الخلل والا سقط حقه فى الضمان ، وأن يرفع الدعوى مدة سنة (ستة أشهر)من هذا الاخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها اخطارا كافيا ، ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى اذا سلم البائع بحقه. ويلاحظ أن ميعاد الاخطار فى هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافا لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الاخطار يكون فى الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والستة الأشهر) (٢) » .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ — الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التعويض . فاذا كان اصلاح المبيع متعذرا ،رجع المشترى على البائع وفقا للقواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى، فيرد المبيع أو يستبقيه مع التعويض اذا كان العيب جسيما ، واذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتعويض (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض ، بأن يشترط المشترى رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيما أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيما (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ — ص ١٣١ .

٤ ـ تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ ـ بعض النظم القانونية التى تقارب ضمان العيوب الخفية:
الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التى تقاربه وقد تلتبس به فى بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى .

٣٨٢ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط : قد يقع الغلط فى صفة جوهرية للمبيع ، فاذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذى أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فان البيع يكون فى هذه الحالة قابلا للابطال للغلط ، ويكون فى الوقت ذاته منشئا لضمان العيوب الخفية . فاذا اشترى شخص فرسا على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول ان المشترى وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء ، وأمكن القول فى الوقت ذاته ان المبيع به عيب خفى . فيجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يرجع على البائع اما بدعوى الغلط واما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار احداهما ولكنه لا يجمع بينهما . فاذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعا فى غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه فى مزاد قضائى أو ادارى ، ويجب أن يرفع الدعوى فى خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو فى خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هى مدة التقادم فى دعوى الغلط . ويطلب فى هذه الدعوى ابطال البيع ، فاذا حكم بالابطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشترى الثمن مع التعويض ان كان له مقتض ورد المبيع (١) . أما اذا رجع

---

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدنى بانه «اذا ذكر فى عقد =

المشترى بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ماتقدم : لا يطلب من المشترى الا أن يثبت أن الغرض المقصود من الفرس هو أن يكون صالحا للسباق وقد ظهر أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشترى فى غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشترى فى غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففى جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيبا خفيا يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (١) ، وان كان الأمران قد اجتمعا معا فى المثل الذى نحن بصدده . واذا كان المشترى قد اشترى الفرس فى مزاد قضائى أو ادارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمتنع عليه فى هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشترى رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، وقد رأينا فى دعوى الغلط أن المشترى لا يخطر البائع بشىء وله أن يرفع الدعوى فى ثلاث سنوات أو فى خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشترى فى دعوى ضمان العيب اما رد الفرس الى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، واما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا فى دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشترى الثمن مع التعويض ان كان له مقتض ، ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستبقيه

= البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى علمه به ؛ الا اذا اثبت تدليس البائع » . فاذا ذكر المشترى فى عقد البيع انه عالم بالمبيع ، سقط حقه اذن فى طلب ابطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه فى الطعن بسبب العيب الخفى . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٥١ مدنى (٢/٤١٩ جديد) خاصة بحوالة حصول الغلط فى البيع لا بحالة ظهور العيوب الخفية ، وعلى ذلك فان طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشترى قد اقر عند تسليم المبيع بأنه قد عاينه وفحصه بمعرفة احد رجال الفن (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٦ ص ١٣٩ .

مع أخذ تعويض (١) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلتبس الغلط بالعيب الخفي فيصبح من الضرورى التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قدمنا ، وهو يقع فى صفة جوهرية فى المبيع جعلها المشترى محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية حتما بالغرض الذى أعد له المبيع . أما العيب الخفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع فى الغرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتى عند المشترى أو لم يكن (٢) .

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فاذا اشترى شخص أثاثا لغرفة استقبال معتقدا أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقدا انها من « ماركة » معينة فتبين أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا

---

(١) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٢٧ — تودرى وسينيا فقرة ٤١٤ .

(٢) فمن وقع فى غلط فى المبيع يكون قد اشترى شيئا غير الشىء الذى قصد شراءه ، أما من اشترى شيئا معينا فقد اشترى الشىء الذى قصد شراءه وان كان به عيب . فاذا اشترى شخص بذورا على انها « تقاوى » قطن السكلاريدس ، فتبين انها ليست « تقاوى » أصلا أو انها « تقاوى » لقطن غير السكلاريدس ، فانه يكون قد وقع فى غلط جوهرى . اما اذا كانت البذور هى تقاوى لقطن السكلاريدس ولكنها فقدت قوة الانتاج ، فليس هذا بغلط وانما هو عيب خفى (استئناف) مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب اوسع من الغلط ، لانه يقع فى صفة غير جوهرية فى الشىء مادام يؤثر فى صلاحيته للغرض الذى اعد له ، وهو فى الوقت ذاته اضيق من الغلط ، لان اية صفة يعتبرها المتعاقدان جوهرية فى الشىء يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من شأنه هذا الغلط ان يؤثر فى صلاحية المبيع للغرض الذى اعد له فلا يكون الغلط عيبا (بيدان ١١ فقرة ٢٦٤) .

غلطا فى صفة جوهرية فى المبيع • وليس من الضرورى أن يكون هذا عيبا خفيا ، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه — أو السيارة أو الآلة الميكانيكية صالحا كل الصلاحية للغرض المقصود ، بل قد يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشترى ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المبيع به عيب خفى • عند ذلك لا يستطيع المشترى أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه الا أن يرجع بدعوى الغلط فيراعى أحكام هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها •

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر • ذلك أن العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيبا يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن يكون العيب واقعا فى صفة جوهرية اعتبرها المشترى، ويكون المشترى غير عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) • ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى غير متصل بصفة جوهرية فى المبيع كانت هى محل اعتبار المشترى • ففى المثل المتقدم اذا اشترى شخص أثاثا لغرفة استقبال من طراز معين فوجدها من هذا الطراز ، ولكن وجد بها عيبا خفيا ينقص من صلاحيتها للغرض المقصود ، فان له فى هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع الى المشترى بل يستبقيه مع أخذ تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب (٢) • فاذا كان العيب جسيما بحيث لو كان المشترى

---

(١) ولكن اذا كان البائع عالما بالعيب غير انه يعتقد ان المشترى عالم به مثله ، لم يجز للمشترى أن يرفع دعوى الغلط لان البائع غير مشترك معه فيه وغير عالم بوقوعه ، فلا يبقى أمامه الا أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية اذا كان العيب الذى لحق بصفة جوهرية فى المبيع حدث بعد البيع وقبل التسليم ، فلا يمكن أن يقال فى هذه الحالة أن المشترى قد وقع فى غلط عند البيع •

(٢) واذا اشترى شخص حليا على انها من ذهب ، فان وجدها من فضة مذهبة رفع دعوى الغلط ، اما ان وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب • واذا اشترى شخص صورة زيتية على انها من صنع رسام معروف ، فان وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط، وان وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودرى وسينيا فقرة٤٢٥ مكررة خامسا — كولان وكابيتان٢ =

قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذى يجيز رد المبيع ، فان هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية فى المبيع ، وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (١) ، ويكون للمشترى أن يختار احداهما على النحو الذى بسطناه .

٣٨٣ — التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما اذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلس على المشترى بأن تعمد مثلا أن يخفى عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما اذا كان الغلط الذى انساق اليه المشترى عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هى محل اعتبار المشترى (٢) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما اذا كان بالمبيع عيب خفى تعمد البائع اخفاءه عن المشترى غشا معه ، فيجوز للمشترى عند ذلك رفع دعوى ضمان العيب أو رفع دعوى التدليس (٣) .

= فقرة ٨٣٠ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٣١ — الاستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٦ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٢٠ — فقرة ٤٢١) .

وقد قضت محكمة النقض بان مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هى حصول غلط فى المبيع ، اما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشترى قد اقر عند تسليم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة : نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ص٨٠٨ .

(٢) انظر الاستاذ محمد على امام ص ٣٩٤ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ — وقارن الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا ان العيب اذا كان مما يمكن تبينه بالفحص المعتاد ولم يتبينه المشترى لعدم خبرته ، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشترى ان يتمسك بالتدليس اذا تعمد البائع اخفاء العيب عن المشترى غشا منه ان المشترى كان لا يتبينه حتى لو لم يخفه عنه البائع . فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (انظر آنفا فقرة ٣٦٧ فى الهامش) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٦٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص

والفروق بين الدعويين كبيرة كالفروق التى بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط • ففى التدليس يجب أن يكون البائع ، لا سيىء النية فحسب ، بل أيضا مدلسا أى أن يكون قد عمد الى طرق احتيالية ليوقع المشترى فى الغلط ، أما فى ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (١) • وفى التدليس يصح أن يكون البيع بالمزاد القضائى أو الادارى ، ويمتنع ذلك فى ضمان العيب • وفى التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما فى الغلط ، أما فى ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الاخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت تسلم المبيع • وفى التدليس يحكم القاضى بابطال البيع فيزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشترى الثمن مع التعويض ويرد المبيع ، أما فى العيب الخفى فيبقى البيع وقد يرد المشترى المبيع وقد لا يرده ويقتضى من البائع تعويضا يشتمل على عناصر معينة غير عناصر عناصر التعويض فى التدليس •

٣٨٤ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ :
وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان أخرى • يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب اذا اشترط المشترى مثلا أن يكون المبيع فى حالة جيدة ، فيتبين أنه ليس فى هذه الحالة وان كان فى حالة صالحة تماما للأغراض المقصودة منه ، فيجوزللمشترى أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع فى حالة جيدة ، ولكن لا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح للغرض المقصود (٢) • ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ اذا وجد المشترى المبيع فى الحالة التى اشترطها ، ولكن وجد به عيبا خفيا ينقص من صلاحيته للغرض المقصود • فعند ذلك يكون

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٣٠ .
(٢) ومثل ذلك أيضا أن يشترط المشترى أن يكون المبيع مصنوعا من مادة معينة ، فاذا به مصنوع من مادة أخرى وان كان صالحا للغرض المقصود ، =

للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . واذا اشترط المشترى أن يكون المبيع فى حالة صالحة للغرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس فى هذه الحالة ، جاز للمشترى اما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العين فى حالة صالحه للغرض المقصود ، واما أن يرجع بضمان العيب لوجود عيب فى المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب . ففى الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشترى غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك فى ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد

= فيكون للمشترى دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه دون دعوى ضمان العيوب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع . فاذا كان ما يشكو منه المشترى هو ان المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها ، فذلك لا يعتبر عيبا خفيا موجبا لضمانه . فالحكم الذى يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى فى المبيع هو مخالفة المادة التى صنع منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على انها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه (نقض مدنى ٨ ابريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧) — انظر ايضا استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٩ — ١٥ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٣ .

(١) وكذلك لو وجد المشترى المبيع مطابقا للعينة ، ولكن العينة ذاتها كان بها عيب خفى ، فعند ذلك يكون للمشترى دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٢٨ هامش ١) .

(٢) او كفل البائع للمشترى وجود صفات معينة فى المبيع ثم تبين أن المبيع خال منها او من بعضها ، جاز هنا ان يرجع المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية كما سبق القول ، وجاز ايضا ان يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ . ولكل من الدعويين أحكامها الخاصة بها كما سنرى (قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٨ — ص ٢١٩ ، ويذهب بعد تردد الى عكس ماتذهب اليه) .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٣٧ .

قضائى أو مزاد ادارى ، ولا يجوز ضمان العيب • ومدة التقادم فى الفسخ خمس عشرة سنة من وقت اخلال البائع بالتزامه ، وهى سنة واحدة من وقت التسليم فى ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعى فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشترى المبيع ويسترد الثمن مع التعويض ان كان له مقتض • أما فى ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى أساسه اما أن يرد المشترى المبيع ويأخذ تعويضا من المشترى ، واما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض (١) •

٣٨٥ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز فى مقدار المبيع: وقد يكون هناك عجز فى مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفى • اذ العجز فى مقدار المبيع هو نقص فى كميته ، أما العيب الخفى فى المبيع فنقص فى صفته ، والنقص فى الكم غير النقص فى الكيف •

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب فى أن الأولى لا تفترض حسن نية المشترى والثانية تفترض حسن نيته، وفى أن الأولى تجوز فى بيع بالمزاد القضائى أو الادارى والثانية لا تجوز • وتتفق الدعويان فى أن مدة التقادم فى كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلى ، وفى أن المشترى يستطيع رد المبيع أو استبقاءه اذا كان العجز أو العيب جسيما وليس له رد المبيع اذا كان العجز أو العيب غير جسيم • ولكن فى دعوى العجز اذا رد المشترى المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فيزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، أما فى دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل ان البيع يبقى كما سبق القول (٢) •

٣٨٦ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئى : يتقارب الاستحقاق الجزئى من العيب من ناحية ما يعود على المشترى من الخسارة بسبب كل منهما ، الى حد أن المشرع جعل الجزاء

---

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٦ •
(٢) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٤ •

واحدا فى الاثنين كما رأينا • ولكن الاستحقاق الجزئى لا يفرض وجود عيب فى المبيع بل يفرض حقا للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته • أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لا حقا للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته • وقد كان القانون الفرنسى القديم يخلط بين الاثنين فى حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيبا خفيا ، والصحيح أنه استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق للغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع •

ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشترى فى ضمان الاستحقاق لا يشترى أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان العيب ، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالمزاد القضائى أو الادارى وضمان العيب غير جائز ، وفى أن مدة التقادم فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم • ويتفق الاثنان فى الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشترى فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه اذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما ، ولا يجوز له الرد اذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسيم ، واذا رد المبيع فان ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالتين كما سبق القول (١) •

---

(١) الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٥ •

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون البيع باطلا (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ .Vice Réd فقرة ٥ — وعدم المشروعية يرجع الى اعتبار فى القانون أما العيب فيرجع الى اعتبار فى طبيعة الشىء • وقد يعتبر القانون عيوبا فى طبيعة الشىء — كما فى الاغذية — فيحرمه ، فيجتمع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتغلب فيكون البيع باطلا (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ .Vice Réd فقرة ٢٠) • وقد يصل العيب من الجسامة الى جعل المبيع فى حكم المعدوم ، كبيض فاسد أو فاكهة معطوبة أو حق مؤلف سقط ودخل فى الملك العام ، فعند ذلك يكون البيع محله معدوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يثار فى هذه الحالة العيب الخفى (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٨) •

الفــــرع الثـــانى

التزامات المشترى

٣٨٧ — **التزامات ثلاثة** : يلتزم المشترى ، بموجب عقد البيع ذاته ودون حاجة الى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : ١ — الوفـــاء بالثمـــن ٢ — تحمل مصروفات البيع ٣ — تسلم المبيع (١) •

المبحث الأول

الوفـــاء بالثمن

٣٨٨ — **التزام الوفاء بالثمـــن وجزاء الاخـــلال بهذا الالتزام** : المشترى ملتزم بأن يفى للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الاخلال به •

فنبحث اذن : ١ — التزام الوفاء بالثمن ٢ — جزاء الاخلال بهذا الالتزام •

المطلب الأول

التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ — **المسائل التى تبحث فى هذا الالتزام** : نبحث فى خصوص هذا الالتزام أمرين : أولا — على أى شىء يقع التزام الوفاء بالثمن • ثانيا — الزمان والمكان اللذين فيهما الوفاء بهذا الالتزام •

١ — على أى شىء يقع التزام الوفاء بالثمن •

٣٩٠ — **الثمن والفوائد** : يشمل التزام الوفـــاء بالثمن : ١ — دفع الثمن المتفق عليه ٢ — ودفع فوائد الثمن فى بعض الأحوال •

---

(١) يذكر تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٤٦٥) من هذه الالتزامات الثلاثة التزامين بدفع الثمن وتسلم المبيع •

٣٩١ — دفع الثمن — احالة : دفع الثمن هو الالتزام الأساسى الواجب على المشترى (١) ليقابل الالتزام الأساسى الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع اذ البيع انما هو نقل ملكية المبيع فى مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان (٢) . وقد قدمنا عند الكلام فى الثمن (٣) أن الثمن يجب أن يكون نقودا ، وأن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير ، وأن يكون جديا أى لا يكون صوريا ولا تافها . فاذا توافرت هذه الشروط فى الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التى يقررها العقد وفى الزمان والمكان اللذين سنبينهما فيما يلى (٤) . ومصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات ارساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون فى الأصل على المدين به أى على المشترى طبقا للمادة ٣٤٨ مدنى وهى تنص على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

---

(١) وليس من الضرورى ان يكون المشترى هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير فى نفس عقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشترى (جوسران ٢ فقرة ١٠٢٧ — وانظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش) . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشترى هى العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى وتسليمه اياه وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشترى بتسلم المبيع . ولكن الغير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصروفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة ، أما علاقته بالمشترى فتكون علاقة تبرع اذا كان متبرعا له بالثمن ، أو بمقابل اذا كان يفى له دينا أو يعطيه قرضا أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٣ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٥٦٧ — فقرة ١٥٦٩) .

(٢) وقد يقل الثمن الذى يلتزم المشترى بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما فى حالة استغلال البائع للمشترى ، وقد يزيد كما فى حالة الشراء لعقار القاصر بغبن فاحش (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٧ — الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٨ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢١) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن تحرير سندات بباقى الثمن لا يعتبر طبقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى تجديدا للدين ينقضى به الدين الاصلى ويحل محله دين جديد ، مالم يتفق على غير ذلك او تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف : نقض مدنى فى ١٠ ابريل سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٥٧٠ .

وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة فى الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشترى عرض الثمن على البائع وايداعه لحسابه اذا وجد سبب يدعو الى ذلك ويكون هذا وفقا للقوعد المقررة فى العرض والايداع (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان المشترى قد اورد بصحيفة دعواه التى اقامها ضد البائع « انه عرض على البائع القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقيا باعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المحضر بايداعه خزانة المحكمة لذمة المعلن اليه على أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا اجراءات واعلن بمحضر الايداع فى ذات اليوم وانه يحق للطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع » . فان هذا الذى اسس عليه المشترى دعواه يتضمن حتما طلبه القضاء بصحة العرض والايداع .. فاذا ذهبت المحكمة الى ان العرض والايداع الحاصل من المشترى لا يعتبر مبرئا لذمته من القسط الذى حل ميعاده لان البائع رفض العرض وتطلبت المحكمة ان يحصل المشترى على حكم سابق بصحة العرض والايداع فانها تكون قد اخطأت فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩ ص ١٨٥ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروطا بان يكون قد اوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق ، فان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بايداع المشترين لباقى الثمن ، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين ، قول لا يصادف صحيح القانون ، ذلك انه متى كان للمشترين الحق فى حبس الباقى من الثمن ، فانهما اذا قاما بايداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه الى البائع ، فان هذا الايداع يكون صحيحا ويترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن : نقض مدنى فى ١٤ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٩٧ ص ٦٠٤ .

وقضت محكمة النقض ايضا بانه اذا كان المطعون ضده الأول (المشترى) قد أودع باقى الثمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين ، وطالما ان الايداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ، فان ذمة المطعون ضده تبرأ بايداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعا ، لان الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة ، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفق الاجراءات المقررة قانونا : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٢٢ ص ٧٨١ .

كما قضت محكمة النقض ايضا بأن مؤدى نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن اذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك . فمتى كان الحكم قد اقام قضاءه بصحة ايداع الثمن دون ان يسبقه عرض حقيقى على ما قرره من أن البائع =

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأن « يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، وهو الذى يتحمل نفقات الوفاء » (١) • وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذه النصوص تقرر التزام المشترى بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام • فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطا أو جملة واحدة • ويتحمل نفقات الوفاء وفقا للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل اذا حمل الثمن الى مكان بعيد » (٢) • وقد حذف هذا النص فى

= اقام دعواه بفسخ عقد البيع قبل رفع المشترى لدعواه بصحته ونفاذه ، وان التزام المشترى بدفع باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى ، وقد امتنع البائع عن التوقيع عليه ، فلم يكن له حق فى استيفاء الثمن حتى يعرضه المشترى عليه ، وخلص الحكم من ذلك الى ان هذين السببين جديان ويبرران هذا الاجراء طبقا للمادة ٣٣٨ من القانون المدنى ، فان هذا الذى ذكره الحكم فى تبرير قيام المشترى بايداع باقى الثمن مباشرة دون عرضه على البائع هو قول يؤدى الى ما انتهت اليه من اعتبار الايداع صحيحا : نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٣٩ ص ١٦٨٨ •

كما قضت محكمة النقض كذلك بان العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرىء للذمة من المبلغ المعروض — على ما تقضى به المادة ٣٣٩ من القانون المدنى والمادة ٧٨٩ من قانون المرافعات (السابق) — الا اذا تلاه ايداع المبلغ خزانة المحكمة . واذ كان المطعون عليهم قد اكتفوا بعرض المبلغ المعروض فانهم لا يكونون قد أوفوا بكل الباقى من الثمن للطاعن : نقض مدنى فى فبراير سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٥٦ ص ٣٤٤ .

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٦/٢٢٨ — يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد والمكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه • م ٢٨٤ — ٣٥٦ — ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشترى ، وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الاحوال .

(والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد — انظر أيضا المادة ٥٧١ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٤٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى) .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ •

لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (١) .

٣٩٢ — دفع الفوائد — النصوص القانونية : وتنص المادة ٤٥٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

« ٢ وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٢) » .

ويقابل هذا النص التقنين المدنى السابق المادة ٣٣٠/٤١٠ (٣) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ — ص ١٢٩ فى الهامش .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٣ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى ، أو اذا اسلمه الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا ان ينتج ثمرات او اية ارباح اخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغيره — م ٦٠٤ : للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت ان يصبح الثمن مستحقا ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت ايضا ، هذا ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغيره » . وفى لجنة المراجعة ادمجت المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشترى لثمر المبيع ونمائه وجعل الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاد بجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ، فاقرت اللجنة الاقتراح الاخير . واصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ — ص ١٣٩ وص ١٤١ — ص ١٤٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٣٣٠/٤١٠ : اذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن ، لا يكون للبائع حق فيها الا اذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا ، او كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات او ارباح اخرى .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، الا أن التقنين =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٧٢ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ — ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الأردنى (١) .

= الجديد زاد الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ الخاصة بتملك المشترى لثمرات المبيع ، هذا الى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفى أن يكون المبيع قابلا لانتاج الثمرات : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ — فقرة ٢٣٨) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٧ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٢ :

١ — لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء الا اذا اعذر المشترى أو سلمه الشىء المبيع وكان هذا قابلا ان ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ — والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقا للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقى مع التقنين المصرى ، الا أن التقنين العراقى لا يوجب الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا كان مستحق الاداء ، أما اذا كان الثمن مؤجلا فالفوائد لا تكون الا باتفاق على ذلك ولو تسلم المشترى المبيع القابل لانتاج الثمرات — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٨ — فقرة ٣٨٥ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٧ — فقرة ٥٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩٦ : يجب على المشترى منذ صيرورة العقد تاما — مالم يكن ثمة نص مخالف — أن يتحمل : أولا — الضرائب والتكاليف وسائر الاعباء المترتبة على المبيع . ثانيا — نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثا — مخاطر العين المعينة .

م ٤١٧ : ان جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكا للمشترى من تاريخ اتمام البيع . ويجب أن تسلم اليه مع المبيع — ما لم يكن هناك نص مخالف . =

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يتملك المشترى ثمر المبيع ونماءه متحملا نفقاته من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشترى للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضا ان لم يكن قد دفع له الثمن فورا عند البيع . فنعرض اذن لهاتين المسألتين: ١ – تملك المشترى لثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت ٢ – دفع المشترى للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ – تملك المشترى لثمر المبيع ونمائه وتحمله لنفقاته : تقدمنا أن من النتائج التى تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشترى أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشترى باعتباره مالكا له (١) . وبينا أن استحقاق المشترى للثمرات والنماء لا يرجع الى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم اليه مع المبيع ، بل يرجع الى أن المشترى قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

ويترتب على ذلك أن المشترى لا يتملك ثمر المبيع ونماءه الا من وقت أن تنتقل اليه ملكية المبيع . والملكية فى الشىء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، اذا كان المبيع منقولا . وتنتقل كذلك بالعقد اذا كان المبيع عقارا على أن يسجل العقد ، فاذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة – فيما بينه وبين البائع – بأثر رجعى من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشترى يتملك الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على السواء ، مادام المبيع شيئا معينا بالذات ، من وقت تمام العقد

= (وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى فيما يتعلق بثمرات المبيع ونمائه وتكاليفه . أما الفوائد فلم يرد نص فى شأنها فى التقنين اللبنانى ويبدو أن القواعد العامة هى الواجبة التطبيق فى هذه المسألة) .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٣٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٨٣ .

(٣) انظر ماتقدمناه فى المسألة آنفا فقرة ٢٨٣ .

كما يقول النص (م ٤٥٨/٢ مدنى) (١) • ويستوى فى بيع العقار أن يكون المبيع مسجلا أو غير مسجل (٢) ، مادام للتسجيل أثر رجعى فيما بين المشترى والبائع كما قدمنا • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ ابرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلا ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . واذن فمتى كان الثابت فى عقد البيع أن المشترى لم يدفع الثمن الى البائع انما التزم بدفعه رأسا الى البنك المرتهن لاطيان البائع الشائعة فيها الاطيان المبيعة خصما من دين الراهن ، فان ريع الاطيان المبيعة يكون من حق المشترى من يوم ابرام عقد البيع الصادر اليه ، حتى ولو لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن الى البنك المرتهن (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن للمشترى الراسى عليه المزاد ما للمشترى العادى من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزاد عليه . فاذا لم يقم بدفع الثمن طبقا لشروط قائمة المزاد ، فللدائنين أو المدين فى هذه الحالة ارغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزاد فى حالة ما اذا كانت العين مثمرة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا اذا لم تكن كذلك (استئناف اسيوط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٥ ص ٢٧١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام البيع ، فيمتلك المشترى الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء ، مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل ، لان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ، ولو لم يسجل العقد : نقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٣ ص ٩ — ونقض مدنى فى ٢٨ يونية سنة ١٩٧٧ المجموعة السابقة السنة ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض ايضا بان نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ينقل منفعة المبيع الى المشترى من وقت تمام العقد كأثر لالتزام البائع بتسليم المبيع للمشترى سواء كان المبيع منقولا أو عقارا ويستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل فيمتلك المشترى ثمرات المبيع وثماره ، ولزوم ذلك عدم صحة الحجز الذى وقعته مصلحة الضرائب بتاريخ ١٩٦٧/٦/٢١ بعد وفاة المورث البائع فى ١٩٦٧/١/١ وهو التاريخ المتفق عليه لتملك المطعون ضده الاول لثمار المبيع باعتبار أن ذلك الحجز قد ورد على مال غير مملوك للمدين : نقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٧٨ ص ٨٩٥ .
=

استحقاق المشترى للثمرات » (١) . أما اذا كان المبيع شيئا معينا بنوعه، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل الا بالافراز ، ومن وقت الافراز أيضا يتملك المشترى ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الافراز أو بعده . فاذا تراخى التسليم عن الافراز ، كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت التسليم ملكا للمشترى ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٢) .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالمحصولات ولبن الحيوان، والثمرات المدنية كالريع والأجرة (٣) . ويدخل أيضا المنتجات produits

---

=. كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والثمار من المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا او غير مسجل لان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد ومن ثم تكون للمشترى بعقد عرفى صفة المطالبة بريع الارض مدة الاستيلاء عليها : نقض مدنى فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمشترى ثمار المبيع من اى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد او على البيع نفسه أو على تسليم ، فيجوز اذن أن يتفقا على أن يكون ايجار الاطيان المبيعة للمشترى من تاريخ العقد الابتدائى ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من الاتفاق على أن يكون تسليم الاطيان من تاريخ العقد الابتدائى (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود عقد اجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يمحو حق المشترى فى الثمرة من تاريخ البيع ، فاذا كان المستأجر قد احتفظ بالاجرة فعليه أن يؤديها الى المشترى من هذا الوقت ، أما اذا كان قد اداها الى البائع ، فعلى البائع ان يردها الى المشترى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وقضت أيضا بأنه اذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل « أن المشترى ينتفع بايجارات حصته التى اشتراها ، وأن الايجار الحالى لهذه الحصة هو كذا ، وانه اذا لم يتيسر للمشترى قبض حصته بموجب عقود الايجار يحق له أن يخصم الايجار الذى يخصه من ثمن المبيع » ، واستدلت المحكمة بذلك على أن المراد هو جعل المشترى مستحقا لثمرة الحصة المبيعة مقدرة فى السنة الاولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أى بمبلغ كذا ، ومقدرة فيما بعد فى السنوات التالية بما تؤجر به فى واقع الامر وان نقص عما =

وهى التى لا تتجدد ، كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر ونحوها (١) .

ونماء المبيع ، ككبر الحيوان وسمنه ونتاجه (٢) ، يكون للمشترى من وقت تمام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشترى الحق فى ثمرات المبيع ونمائه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثرة نحو ذلك (٣) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات الا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم (٤) .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو الى وقت التسليم ، أو يشترط المشترى أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع الى وقت التسليم (٥) .

= كانت مؤجرة ته فى السنة الاولى ، ثم دعمت حكمها على مقتضى هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة ، كان الحكم بعيدا عن رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦) .

(١) انظر م ٤١٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفا فقرة ٣٩٢ فى الهامش .

(٢) وقد يدخل نتاج الحيوان أيضا فى المنتجات .

(٣) انظر م ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (انظر آنفا فقرة ٣٩٢ فى الهامش) .

(٤) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٥) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ — ص ١٤١ — وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلا للبائع حتى وقت التسليم ، او أن تكون الضرائب عليه الى هذا الوقت .

وقد قضت محكمة النقض بأن للمتعاقدين بعقد ابتدائى أن يتفقا على مآل المبيع ، ولا جناح عليها أن اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشترى من تاريخ سابق على تسلمه المبيع او على البيع نفسه اذ أن هذا الاتفاق لا يحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام : نقض مدنى فى ٢ يولية سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٣٩ ص ٨٩٥ .

٣٩٤ ــ متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن : واذا كان المشترى لم يدفع الثمن الى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الدفع فورا أو كان مقسطا أو كان مؤجلا الى وقت معين ، فانه لا يكون مسئولا عن فوائد هذا الثمن الا فى حالات ثلاث وردت فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى :

أولا ــ اذا وجد اتفاق بين البائع والمشترى على أن المشترى يدفع فوائد عن الثمن المستحق فى ذمته . وتكون الفوائد فى هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية ، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لايزيد هذا السعر على ٧٪ وفقا للقواعد المقررة فى الفوائد الاتفاقية ، وتستوى فى ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانونى ، فيكون سعر الفوائد فى هذه الحالة ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجب حكم القانون بل بموجب الاتفاق [١] . والاتفاق هو الذى يحدد من أى وقت تسرى الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشترى للمبيع ولو لم يكن قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى [٢] .

---

(١) وكذلك اذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانونى وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بودرى وسينيا فقرة ٥٢١ ص ٥٥٧ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . واذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانونى ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فاذا حل الثمن كان للبائع أن يعذر المشترى بالدفع ومن وقت الاعذار تسرى الفوائد بالسعر القانونى لا بالسعر المتفق عليه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢٠ ثالثا ــ بودرى وسينيا فقرة ٥٢٩ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩) .

(٢) فاذا لم يحدد الاتفاق وقتا لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك توجه خاص اذا سبق البيع وعد بالبيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد عن الثمن دون أن يعين موعد سريانها ، فلا تسرى هذه الفوائد الا من وقت أن ينقلب الوعد بالبيع بيعا تاما (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٠ ــ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ و ص ١٦٧ هامش ١) .

ويغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، فيشترط البائع على المشترى أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن فى ذمة المشترى ، أى من وقت تمام البيع ، الى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه (١) ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشترى دفع فوائد بسعر يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشترى فى هذه الحالة أن يدفع الثمن فورا فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر فى دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها الى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ،

---

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين عن ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع الى وقت حلول الأجل لا الى وقت الدفع الفعلى . فتنقطع فى هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الاجل ، وللبائع بعد ذلك ، اذا أعذر المشترى أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلا أن ينتج ايرادا ، حق فى الفوائد القانونية من وقت الاعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ ، ويشيرون الى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ — ١ — ٢٣) .

والاصل ان الفوائد متى سرت ، فى اية حالة من الحالات الثلاث التى تسرى فيها الفوائد ، فانها لا تنقطع الا عند الدفع الفعلى للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل الدفع الفعلى للثمن العرض الحقيقى والايداع وفقا للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر ، فلا تنقطع الفوائد بحجز تحفظى على الثمن يوقعه دائن البائع تحت يد المشترى ، ولا بحبس المشترى الثمن فى الاحوال التى يجوز له فيها ذلك (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٣ — بودرى وسينيا فقرة ٥٣١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ هامش رقم ٧) .

ويشترط لصحة العرض والايداع ، حتى ينقطع سريان الفوائد ، أن يكون العرض خاليا من أى شرط لا يحل للمشترى فرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشترى فى العرض امضاء البائع لعقد البيع النهائى فى حين أن المشترى سبق له أن حصل على حكم بصحة امضاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الامضاء ويمكنه من تسجيل العقد (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩) .

كما اذا كان الثمن يدخل فى حساب جار بين المشترى والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

ثانيا — فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشترى المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى (١) وليس ضروريا أن ينتج المبيع فعلا ثمرات أو ايرادات ، بل يكفى أن يكون قابلا لانتاج ذلك (٢) . فاذا كان المبيع منزلا يصلح للاستغلال او أرضا تصلح للزراعه وسلمها البائع للمشترى ، فان الفوائد القانونيه على الثمن تستحق على المشترى من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجرا او لم تكن الأرض مزروعه أو مؤجرة (٣) .

---

(١) استئناف مصر ٥ يونية سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٣ — بنى سويف الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨١ — استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٩ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ (ولا تخضع الفوائد للتقادم الخمسى لانها تعويض) — اول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٥ — ١٢ ينايرسنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم الخمسى) .

(٢) أما فى التقنين المدنى السابق — فيجب وفقا للمادة ٣٣٩/٤١٠ أن يكون المبيع ينتج فعلا ثمرات أو أرباحا أخرى . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فان كان قبل ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، والا فأحكام التقنين الجديد .

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم تقضى بانه لا يكون للبائع حق فى فوائد الثمن فى حالة عدم الاتفاق عليها الا اذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا او كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات او أرباح أخرى بما يوحى أنه مالم يحصل هذا التكليف فان فوائد الثمن لا تستحق للبائع الا من تاريخ تسلم المشترى المبيع المثمر ، الا انه لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هو عدم جواز جمع المشترى بين ثمرة البدلين — المبيع والثمن — وافتراض المشرع أن وسيلة المشترى الى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع فانه فى اية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فانه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع معا : نقض مدنى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ١٤٩٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه لا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن طبقا لنص الفقرة الاولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ، أن يكون =

ويحسن التوسع فى تفسير عبارة « ثمرات أو ايرادات أخرى » فـــاذا كان المبيع سيارة خاصه وسلمها البـائع للمشــترى وجبت الفـوائد القانونيه على المشترى من وقت تسلم السيارة ولو انها غير معدة للأجرة بل هى للاستعمال الخاص ، ذلك أن السيارة حتى لوكانت غير معـــدة للأجرة قابله ان تنتج ريعا (١) • اما اذا كان المبيع أرضا فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهى غير قابله لانتاج ثمرات او ايرادات أخرى ، فلو سلمها البائع للمشترى لم تستحق الفوائد من وقت التسليم الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك (٢) •

ومتى سلم البائع المبيع القابل لانتاج ايراد للمشترى ولو تسليما

= ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الاصل أو أن يصبح غير مستحق الاداء حالا لسبب يرجع الى البائع او ان يكون للمشترى الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الاطيان المبيعه وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنه ١٩٦٧ مجموعه أحكام النقض السنه ١٨ ص ١٠٦٨) •

(١) ونص التقنين المدنى المصرى (م ٤٥٨/١) يختلف عن نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٥٢) ، فقد ورد فى نص التقنين المصرى : « وكان هذا الشيء قابلا ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى » وورد فى التقنين الفرنسى : « اذا كان الشيء المبيع الذى تم تسـليمه ينتج ثمارا او اى ريع اخـر » sila ehose uendue et lirée produit des Bruits ou autresrevenus
ومن هنا يتسع النص المصرى لما لا يتسع له النص الفرنسى • فحق المستأجر فى الايجار لا ينتج ايرادا فى القانون الفرنسى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٨ هامش ٣) ، وهـو قابل لذلك اذا كان يمكن الايجار من البـاطن فى القانون المصرى • ويذهب الفقه فى القانون الفـرنسى الى أنه يجب الوقوف عند وقت البيع لمعرفة ما اذا كان المبيع ينتج ايرادا ولو كان عقـد الايجار ينتهى بعـد البيع ، وكذلك الارض المزروعه وقت البيع تنتج ايرادا ولو لم يستمر المشترى فى زراعتها (بودرى وسينيا فقرة ٥٢٤) •

(٢) وكذلك اذا كان المبيع كتابا أو صوره زيتيه أو مصـــاغا ، فهذه الاشياء غير قابلة لانتاج ارباح (الاستاذ محمد على امام فقـــرة ٢٣٤ ص ٣٩٧) • وهذا الحكم محل للنظر ، فان الارض الفضاء والكتاب والصـوره والمصاغ يمكن الانتفاع بها باستعمالها وان لم تكن قابلة لانتاج ايراد ، وكان الاولى من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسـليم المبيع سواء كان قابلا لانتاج ايراد او غير قابل لذلك (انظر فى هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٣٣٣ — بودرى وسينيا فقرة ٥٢٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ — كولان وكابيتان ٢ فقـــرة ٩٤٢ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٦٨ ص ٧٧٥) •

حكميا (١) وسواء تسلم المشترى المبيع أو لم يتسلمه (٢) • وجبت فوائد الثمن من غير حاجة الى وجود اتفاق على ذلك ، مادام لا يوجد اتفاق على العكس (٣) كأن يشترط المشترى فى عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع • وتجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لانتاج الايرادت ، سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا أو مقسطا (٤) • والفوائد الواجبة هى الفوائد القانونية وسعرها

---

(١) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠١ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٧ •

(٢) ويكفى اعذار البائع المشترى أن يتسلم المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥) •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان نص الفقرة الاولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لانتاج ثمرات او ايرادات أخرى • وتجب هذه الفوائد بغير حاجة الى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشترى منها الا اذا وجد اتفاق او عرف يقضى بهذا الاعفاء ولم تشترط المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة اعذار المشترى كما لم يفرق بين ما اذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الاداء أو مؤجلا • وحكم هذه المادة يقوم على اساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البدلين — المبيع والنمن — ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق الا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الاصل او أن يصبح غير مستحق الاداء حالا لسبب يرجع الى البائع أو أن يكون للمشترى الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الاطيان المبيعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها : نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٥٨ ص ١٠٦٨ •

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦ — بلانيول ورببير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ — وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع فى فوائد الثمن اذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات او أرباح أخرى يقوم على اساس من العدل الذى يأبى ان يجمع المشترى بين يديه ثمرة البدلين ، المبيع والثمن • ولذلك حق ان يكون على المشترى فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد ان يكون الثمن أو ان يصبح غير مستحق الاداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا او لعلة طارئة أو يكون محجوزا عليه او محبوسا تحت يد المشترى • واذن فالمشترى لا يستطيع ان يتمسك بانه غير ملزم بفوائد عن باقى ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الاداء لعدم تسليم البائع اياه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد =

٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية (١) وتسرى من وقت تسليم المبيع وتبقى سارية الى يوم الدفع • وظاهر أن هـذا الحكـم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية (٢) • ويبرر هذا الاستثناء أن

=: النهائى متى كان قـد وضـع يـده على الاطيـان المبيعـة (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الاداء حالا لسبب يرجع الى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب اهمال البائع ليستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائى (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦) . وانظر فى انه لا يجوز للمشترى أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سـنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى تنص على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا اعذر المشترى او اذا سلم الشىء المبيع ، وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » ، مما مفادة أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تسـتحق للشركة البائعة عن ثمن الارض الزائدة تتقادم بخمس عشرة سنة ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٣ ص ١٧٢٧ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم تقضى بأنه لا يكون للبائع حق فى فوائد الثمن فى حالة عدم الاتفاق عليها الا اذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا او كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو ارباح أخرى بما يوحى أنه مالم يحصل هـذا التكليف فان فوائد الثمن لا تستحق للبائع الا من تاريخ تسلم المشترى المبيع المثمر ، ولما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هـو عدم جواز جمع المشترى بين ثمـرة البدلين — المبيع والثمن — وافتراض المشرع أن وسيلة المشترى الى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع ، فانه فى أية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فانه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع معا . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشترى) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على =

الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فمتى سلم المشترى المبيع وهو قابـــلا لانتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التى تقـــابل ثمرات المبيع فتجب على المشترى الى أن يدفع الثمن (١) .

= تاريخ وفائه بباقى الثمن . فانه اذا رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأســيسا على ان المبيع كان تحت يده فان الحكم يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٤٩٠) .

كما قضت محكمة النقض بأن نص الفقـــرة الاولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد تسلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لانتاج ثمرات او ايرادات أخرى ، وتجب هده الفوائد بغير حاجة الى وجـــود اتفاق عليها ولا يعفى المشترى منها الا اذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الاعفاء ، ولم تشـــترط المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة اعذار المشترى او المطالبة بها قضائيا بل يكفى مجرد التمسك بها ، كما أنها لا تفرق بين ما اذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الاداء أو مؤجلا . وحكم هذه المادة تقوم على اساس من العـــدل الذى يأبى أن يجمع المشترى ثمرة البدلين — المبيع والثمن — ويعتبر استثناء من القاعدة المقرره فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق الا عن دين حـــل اداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ، ولذا فان المشترى لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة اذا لم يودع الثمن المسمى أو باقية وما استحق عليه من فوائد من وقت تسليم المبيع القابل لانتاج ثمرات حتى وقت الايداع عمـــلا بالمـــادة ٤٥٨ من القانون المدنى وبدون هذا الايداع المقابل لا يمكن تفادى الفسخ المترتب على عدم قيام المشترى بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد . لمـــا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه اذ استخلص أن المطعون ضدهم السبعة الاول (البائعون) ينازعون الطاعن (المشترى) فى عرضه وايداعه باقى الثمن دون فوائد وان ذلك العـــرض والايداع غير مبرئين لذمته وانهم بذلك يطالبون بفوائد الثمن وهو استخلاص سائغ ثم رتب على ذلك ان الطاعن لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة اذ لم يودع مع باقى الثمن ما استحق عليه من فوائد من وقت تحرير عقد البيع حتى وقت الايداع مادام قد أقر بعقد البيع استلامه الاطيان الزراعية المبيعة منذ ابرامه ووضع اليد عليها وهى قابلة لانتاج ثمرات وفى استطاعته الحصول عليها ، وانه بدون هذا الايداع الكامل لا يمكن تفادى الفســـخ المترتب على عدم قيام الطاعن بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد ، فانه يكون قد التزم صحيح القانون (نقض مدنى فى أول ابريل سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٥٠ قضائية ، لم ينشر بعد) .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات =

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والنماء مستحقة للمشترى من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق الفوائد على المشترى — وهى التى تقابل الثمرات والنماء كما رأينا — من هذا الموقت أيضا ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا الذى يقع فعلا (١) ، الا أن ثمرات المبيع ونماءه من وقت البيع الى يوم التسليم تقاص فى فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشترى شيئا منها الا من يوم التسليم ، وفى نظير ذلك لا يكون مسئولا عن الفوائد الا من هذا اليوم كما يقضى النص (٢) .

= المبيع ، فانه اذا استحق الثمن واعذر المشترى بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشترى ، وفى اية حال يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقا ، فانه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما اذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو اية أرباح اخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠) .

وتسرى هذه الاحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فللمشترى الراسى عليه المزاد ثمرات العين من يوم رسو المزاد ، وعليه الفوائد طبقا لشروط قائمة المزاد او بعد الاعذار أو بعد تسليم العين اذا كانت قابلة لانتاج ثمرات أو أرباح اخرى (الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٣٧٦ — ص ٣٧٧) . أما فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزع الملكية (رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤) على انه « يكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية .. » (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦٧) .

(١) فاذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمنا على أنه منذ هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمرات ، واذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد للتسليم فالتسليم واجب فورا ، وما على البائع الا أن يعذر المشترى أن يتسلم المبيع حتى تجب الفوائد من يوم البيع كما يتملك المشترى الثمرات والنماء من هذا اليوم ايضا (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ — ص ١٦٩ — وانظر بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥ — وقارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠١ هامش ١ والاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ — ص ٢٢٤) .

(٢) ويقع هذا ايضا عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للمبيع ، فتتقاص الثمرات فى الفوائد الى يوم الاسترداد (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤) . انظر مع الاستاذ سليمان مرقس فى موجز البيع والايجار فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٤ .

ثالثا — فاذا لم يسلم المشترى المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلا أن ينتج ايرادا ، ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشترى فوائد عن الثمن ، فان الفوائد لا تستحق على الثمن الا فى حالة واحدة هى أن يكون الثمن مستحق الوفاء (١) ، وأعذر البائع المشترى أن يدفعه (٢) .

ولايجوز للبائع ان يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن ، اذا ما قضى باجابته الى طلب فسخ عقد البيع (نقض مدنى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ١٤٩٠) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد ايد الحكم الابتدائى لاسبابه التى اقام عليها القضاء بفوائد الثمن المحكوم برده من تاريخ المطالبة القضائية دون ان يعنى بمناقشة دفاع البائع امام المحكمة الاستئنافية ومحصلة ان المشترى المحكوم له يستغل العقار المبيع وينتفع به ، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به لو صح وجه الراى فى الدعوى فى هذا الشأن — اذا لايجوز للمشترى ان يجمع بين ريع المبيع وفوائد ثمنه — فان الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور يستوجب نقضه فى هذا الخصوص (نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٨٠٨) .

(١) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلا فحل اجله . وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فان المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشترى دفع الفوائد من يوم الاعذار دون أن تميز ما اذا كان الثمن لا يزال مؤجلا أو أنه قد حل (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ — بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦) . ولكن نص المادة ٤٥٨/١ من التقنين المدنى المصرى يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لاتجب الا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد حلول أجله ، فيجب اذن أن يكون اعذار المشترى بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥١٠ ص ١١٧٩ وهامش رقم ١ ، وانظر فى هذا المعنى الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦٧ — الاستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢٢ — وقارن الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٦ ص ٣٥٨) . فالبائع الذى يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك فى حسابه عند تحديد الثمن (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦٨ ص ٥٤٢) . أما التقنين المدنى السابق (م ٢٣٠/٤١٠) فالتقنين المدنى الفرنسى لم يخصص الفوائد بانها الفوائد القانونية ، لذلك امكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالاعذار دون تمييز بين ما اذا كان الثمن حالا أو مؤجلا (الاستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٣٧ ص ٤٣٩) .

(٢) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن اعذارا بدفع الثمن ، فاذا قضى بالثمن على المشترى استحقت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

فمن وقت الاعذار تجب الفوائد القانونية ــ ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ــ على الثمن ، وتبقى هذه الفوائد سارية الى يوم الدفع • وهذا استثناء آخر من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى الا من وقت المطالبة القضائية ، فقد سرت هنا من وقت الاعذار بموجب نص خاص فى القانون (١) •

ويخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن فى الحالتين الآتيتين :

١ ــ اذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فوائد عن الثمن ، فلا يدفع المشترى فوائد فى هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلا ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلا لانتاج ايراد ، وحتى لو أعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حالا • ولا تسرى الفوائد فى هذه الحالة الا من وقت المطالبة القضائية بها وفقا للقواعد العامة •

٢ ــ اذا لم يكن هناك أى اتفاق فى شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشترى أو سلمه اياه ولم يكن قابلا لانتاج ايراد (٢) وانما تستحق الفوائد فى هذه الحالة اذا سلم البائع المشترى المبيع وكان قابلا لانتاج ايراد أو حل الثمن فأعذر البائع المشترى أن يدفعه •

والفوائد المستحقة عن ثمن المبيع القابل لانتاج ثمرات أو ارادات أخرى تتقادم بخمس سنوات من تاريخ استحقاقها تطبيقا لنص المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى بوصفها حقا دوريا متجددا (٣) •

---

(١) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط على البائع الا يدفع فوائد حتى بعد الاعذار •

(٢) نقض مدنى ٢٧ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٦ ص ٣٥٠ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ٤٥٨/١ من القانون المدنى أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ٣٧٥/١ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا ، واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تستحقها الشركة المطعون عليها (البائعة) عن ثمن الأرض =

٢ ــ الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

أ ــ الزمان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

« ٢ ــ فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له مالم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن ، حتى ينقطع أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلا » .

« ٣ ــ ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١/٤١١ ــ ٤١٢ (٢) .

= تتقادم بخمس عشرة سنة فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد : عدا بعض اختلاف لفظى ، وفى لجنة المراجعة ادخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا ، واصبح رقمه ٤٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٥ وص ١٣٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٢٩ فقرة أولى /٤٠٧ : فى حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع .

م ٣٣١/٤١١ ــ ٤١٢ : واذا حصل تعرض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع او ناشىء من البائع ، او ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى ، فله ان يحبس الثمن عنده الى ان يزول التعرض او السبب ، الا اذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب الثمن مع اداء كفيل للمشترى .

(وتتفق احكام التقنين السابق فى مجموعها مع احكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٧٤ و ٥٧٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٨٧ر٤٦٦ — ٤٦٧ و ٤٧٠ و ٤٧١ — وفى التقنين المدنى الكويتى ٥٠٠ — وفى التقنين المدنى الأردنى ٥٢٢ و ٥٢٨ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ — ٢٢٤ وفقرة ٢٢٦ — فقرة ٢٢٩) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٦ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٤ : ١ — يصح البيع بثمن حال او مؤجل الى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن الى اقساط معلومة تدفع فى مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه ان لم يوف القسط فى ميعاده يتعجل كل الثمن . ٢ — ويعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ — البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلا . ٢ — ويجب على المشترى ان ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد ان احضر البائع السلعة . اما اذا بيعت سلعة بمثلها او نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معا .

م ٥٧٦ : ١ — اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف لاسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٢ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها لا تختلف عن احكام التقنين المصرى ، الا أن التقنين العراقى يضع مبدأ عاما فى البيع المطلق أن يكون الثمن مستحقا بمجرد تمام البيع ، أما التقنين المصرى فيجعل الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع فى البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التقنين العراقى على المشترى نقد الثمن اولا ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ — فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ — والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٣ — فقرة ٥٥٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٨٧ : اذا لم يذكر فى عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقدا بلا شرط .

م ٤٦٦ ، يجب على المشترى أن يدفع الثمن فى التاريخ وعلى الوجه المعينين فى العقد . ويعد البيع نقدا ، كما جاء فى المادة ٣٨٧ ، ويلزم =

ويخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندما يصبح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشترى حبسه عن البائع فى بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فنبحث اذن :

١ — متى يكون الثمن مستحق الدفع .

٢ — حبس المشترى للثمن .

٣٩٦ — **متى يكون الثمن مستحق الدفع** : تقضى القواعد العامة بأنه « يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (م ١/٣٤٦ مدنى) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد فى حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فورا بمجرد تمام البيع ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وقد وجد هذا النص فعلا ، وهو النص الذى نحن بصدده أى

= المشترى بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشترى .

م ٤٦٧ ، اذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبتدىء الا من تاريخ انشاء العقد اذا لم يعين الفريقان تاريخا آخر .

م ٤٧٠ ، ان المشترى الذى تعرض له الغير او كان مستهدفا لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على انه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة او ضمانا كافيا لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية اذا نزعت يده عن المبيع . واذا كان هذا التعرض مقصورا على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشترى أن يحبس من الثمن الا مايناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولايحق للمشترى أن يستعمل حق الحبس اذا كان الدفع مشترطا على الرغم من كل تعرض ، واذا كان المشترى عالما وقت البيع بخطر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق احكام المادة السابقة فى حالة اكتشاف المشترى لعيب فى المبيع يوجب رده .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٠ : ١ — يكون الثمن مستحق الاداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا تعرض احد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل من البائع او نتيجة لفعله ، او اذا خيف لاسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشترى مالم =

المادة ٤٥٧ مدنى سالفة الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، وذلك « حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد » كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فورا بمجرد تمام البيع (٢) ، ومن ثم يكون الثمن أيضا مستحق الدفع فورا بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا الى تطبيق القواعد العامة التى سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع

= يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهى التعرض او يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب فى المبيع .
(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن التقنين الكويتى يجعل الثمن مستحقا فور تمام البيع فى حين أن التقنين المصرى يجعل الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٢٢ : على المشترى تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٢٨ : ١ — اذا رفعت على المشترى دعوة باستحقاق المبيع مستندة الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع جاز للمشترى أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلا مليئا يضمن للمشترى رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب الى المحكمة تكليف المشترى ايداع الثمن لديها بدلا من تقديم الكفيل . ٢ — ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا تبين المشترى فى المبيع عيبا قديما مضمونا على البائع .

(ونصوص التقنين المدنى الاردنى تتفق فى مجموعها مع حكم التقنين المدنى المصرى فيما عدا الوقت الذى يكون فيه الثمن مستحق الاداء ، فالتقنين الاردنى يجعل الثمن مستحقا عند التعاقد وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به كأصل عام ، بينما التقنين المصرى يجعل الثمن كمبدأ عام مستحق وقت تسليم المبيع) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٠٩ .

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويتبين من كل ما تقدم أنه اذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع فى هذا الوقت ايضا : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشترى ثمرات المبيع » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كانت محكمة الموضوع اذ عرضت فى اسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدات بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت الى أنه عرض على المشترى المبيع عرضا =

فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فيتفق المتعاقدان على أن يدفع فى نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطا كل قسط فى ميعاد معين ، فيجب فى هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه فى الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (١) مع تسلم المبيع فورا بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط فى هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن فى وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجبا فورا بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع فى هذا الوقت أيضا ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التى رأيناها تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتبه فى ذمة المدين أى بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (٢) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن فى هذه الحالة مستحق

= حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ، ثم عرضت لالتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عرضا حقيقيا ، فانه يكون غير صحيح القول بان محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل (نقض مدنى فى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(١) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٧ .

(٢) وهذا بخلاف ما اذا حدد المتعاقدان وقتا لدفع الثمن ولم يحددا وقتا لتسليم المبيع ، فلا يرتبط فى هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فورا ودفع الثمن فى الوقت المحدد (بودرى وسينيا فقرة ٤٩٤ ص ٥٣٥) . أما اذا كان الاجل المعطى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة او كان أجلا تفضل به البائع ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع الا فى الوقت الذى يقبض فيه الثمن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعددا وذكر فى العقد ان يسلم بعضه فى وقت وبعضه فى وقت آخر ، فان الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما اذا لم يذكر فى العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فان المشترى =

الدفع الا فى الوقت الذى حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط فى الميعاد الذى حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم فى الوقت لذى حدد لتسليمه (١) .

= لا يدفع شيئا من الثمن الا اذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملا (بودرى وسينيا فقرة ٥٠٠) .

ويلاحظ ان قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروض فيها ان الثمن يدفع للبائع أو نائبه ، أما اذا اشترط البائع على المشترى دفع الثمن لشخص آخر كدائنه ، فان وقت دفع الثمن ينفصل فى هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، وما لم يتفق على ميعاد لدفع الثمن الاجنبى ، فان دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فقرة ٥٠١ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٦٦) .

واذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض البائع على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ، وتخلف المشترى عن دفع الثمن ، فالحكم الذى يسلم بأن البيع يصبح لاغيا ومفسوخا من تلقاء نفسه طبقا لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النعى عليه بأنه رتب على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل ، ولا يكون منتجا النعى على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على ان يدفع الثمن بعد او قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على ان يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلا ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى العرف بأحكام اخرى فيتعين اتباعها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الاول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الاقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الاقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلا ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع اراضى بلدية الاسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشترى لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى اعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماسكان تمام التماسك . فاذا كانت ارض البلدية التى رسا مزادها على المشترى ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الايام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها اليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشترى مجاورة للارض المبيعة اولا ، وتم تسليم كل ما بيع من الارض فى تاريخ معين ، فان ميعاد =

٣٩٧ — حبس المشترى للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى بيناه ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشترى ولو جبرا عنه . الا أن المشترى ، وفقا للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى سالفة الذكر ، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع اذا وقع له تعرض فى المبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع عيبا يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشترى فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، يجيز فى الوقت ذاته ، اذا كان المشترى لم يدفع الثمن ، أن يحبسه حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ذلك أنه اذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشترى أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشترى ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفى أن يكون عند المشترى أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١) . فلو كشف أن ملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ،

= استحقاق القسط الاول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الارض بمساحتها الاخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(١) ويجب أن تكون الاسباب جدية ، فالتوهم لايكفى (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١) . ولايكون طلب الشفعة سببا كافيا لحبس المشترى الثمن ، فاذا لم يدفع من يطلب الاخذ بالشفعة الثمن الى البائع ، وجب على المشترى نفسه دفعه اليه (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولايكفى كذلك مجرد اعلان الراسى عليه المزاد بسبب الاستحقاق (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . واذا مضى وقت كاف لتملك المشترى المبيع بالتقادم ولم يعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩م ٣٢ ص ٧) . ولا يكفى ظهور عجز فى المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفى فى هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٤٥) . وليس للمشترى أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن اذا كان لايزال باقيا من الثمن دفعات لم تحل وتكفى لتغطية ماهو مهدد به من استحقاق جزئى (استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . واذا لم يحبس المشترى دفعة من الثمن ، فهذا لايمنعه من =

أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهددا بالفسخ (١) أو أن المبيع مثقل بحق

=. حبس الدفع الاخرى التى تستحق بعد ذلك (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧١) . وللمشترى حبس الثمن اذا كان البائع قد ملك المبيع برسو المزاد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهددا باعادة المزاد عليه (استئناف مختلط ٢مارس سنه ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٣) .وللمشترى أن يحبس الثمن لمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يتهدده (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ — استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم التائع بشطب التسجيلات التى تعهد بشطبها (استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص المادة ٣٣١ من القانون المدنى الملغى والتى تقابل المادة ٤٢٧/٢و٣ من القانون القائم ، أن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وانما أجاز له هذا الحق ايضا ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى ان يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك مالم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار . واذ كان اكتشاف المشترى ان المبيع او بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الاسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فانه يجوز للمشترى أن يحبس مالم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الاصلى لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى المبيع : نقض مدنى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣ .

(١) وبخاصة اذا كان البائع الاول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفتها قبل ان يسجل المشترى عقد شرائه .

وقد قضت محكمة النقض بأن التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى ، فاذا وجدت اسباب جدية يخشى معها الا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع ، كان من حق المشترى ان يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهة بتنفيذ التزامه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه ان الطاعن (البائع) لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الاصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع الى المطعون ضده ، بل ظل هذا العقار على ملك =

رهن (١) أو حق اختصاص (٢) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلا للمشترى فى انتفاعه بالمبيع ، بل لو وجد أن هناك قيودا (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٣) اذا من حقه أن يطلب

= المالكين الاصليين مع قيام حظر التصرف فيه الى الغير بعقد مسجل مما يتهدد المطعون ضده بنزعة من تحت يده ، لما كان ذلك ، فأن الحكم المطعون فيه اذ انتهى فى قضائه الى أن من حق المطعون ضده (المشترى) حبس باقى الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد مشتراه من المالكين الاصليين ، لايكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه (نقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨) .

(١) استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان الحكم المطعون فيه قد اعمل اتفاق الطرفين وخلص باسباب سائغة ولها سندها الى ثبوت الاسباب الجدية التى يخشى منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم ، وان الطاعنة قصرت فى تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع على العقد النهائى ، وهى الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم باداء باقى الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١ و ٢/٤٥٧ من القانون المدنى وبجعل وفاءهم به عن طريق ايداعه صحيحا طبقا كما تقضى به المادة ٣٣٨ من هذا القانون لثبوت الاسباب الجدية التى اوردها تبريرا لهذا الاجراء ، فانه يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٦ — ما لم يكن واضحا وضوحا كافيا أن هذه القيود لا قيمة لها اطلاقا (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) وهذا اذا لم يكن المشترى قد اشترط فى عقد البيع شطب القيود قبل دفع الثمن . واذا كان المشترى على غير بينة من أمر دين ثابت مسجل على العين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من اجله فى اجراءات نزع الملكية التى أوشكت على التمام ، وذلك لان اشارة البائع فى العقد الى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتفيد الا أنه مجرد حق مزعوم ، فالمشترى محق فى حبس باقى الثمن ، ولا يؤيه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذى بدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقى الثمن اذ يعتبر هذا شرطا قائما على الغش (نقض مدنى ٢٦ ابريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروطا بان يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق ، فان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بايداع المشترين لباقى الثمن ، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين ، قول لايصادف صحيح القانون ، ذلك انه متى كان للمشترين الحق فى حبس الباقى من الثمن ، فانهما اذا قاما بايداعه مع اشتراط تطهير العين المباعة من =

من البائع شطب هذه القيود (١) . ففي كل هذه الأحوال تقوم عند المشترى أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع فى يده ، واذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فانه يستطيع مع ذلك أن يحبس عنه الثمن (٢) .

= التسجيلات قبل صرفه الى البائع ، فان هذا الايداع يكون صحيحا ويترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن (نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام السنة ٢١ ص ٦٠٤) .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يكفى لتخويل المشترى حق حبس الثمن ، وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول المشترى حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد ان يكون قد تسلم المبيع . فان القانون ، اذ رسم الطريق لحماية حقوق المشترى من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها ، قد الزمه بدفع الثمن . ومتى كان المشترى هو الذى امتنع بعد انذاره رسميا عن دفع الباقى من الثمن مقابل شطب التسجيل الذى كان يهدد ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانونا وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مقصرا فى الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) .

وقضت محكمة النقض ايضا بانه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشترى المشفوع منه لان حقه فى استرداد ما دفعه من الثمن الى البائع مضمون قبل الشفيع مما لايجيز له حبس الثمن ، فان هذا القول لا يصدق على المشترى الثاني للعقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة ، انما يكون فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى ان يكون قد دفعه الى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزعت ملكيته منه . وعلى ذلك يجوز لهذا المشترى الثانى حبس الثمن ، حتى يفصل فى دعوى الشفعة (نقض مدنى ٤ ابريل سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

كذلك للمشترى حبس الثمن اذا لم يقم البائع بتطهير العين فى الميعاد المستخلص من شروط العقد ، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشترى للثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير العين من الدين الذى عليها بأن تعهده بذلك لم يعين له فى العقد وقت يجب اتمامه فيه ، فأجابت المحكمة على ذلك بأنها رات من الاوراق أن نية المتعاقدين انصرفت الى ان كلا الطرفين التزم بما تعهد به مقابل التزام الاخر بتعهده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع فى ميعاد غايته اليوم الذى حدد لاستحقاق القسط الاخير من باقى ثمن المبيع ، وكان ما اوردته المحكمة فى هذا الصدد من شأنه ان يؤدى الى ما انتهت اليه ، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون =

كذلك لو كشف المشترى عيبا فى المبيع وكـان من العيـوب التى توجب الضمان على النحو الذى قدمناه فى ضمان العيوب الخفية ، فان للمشترى فى هذه الحالة أيضا أن يحبس الثمن • على أنه يشـترط لجـواز حبس الثمن فى جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى يقضى بأنه لا يحق للمشترى حبس الثمن لسبب من هذه الأسباب • ذلك أن حق حبس الثمن ليس من النظام العام ، بل هو قـد تقرر لمصـلحة المشترى ، فللمشترى أن ينزل عنه قبل قيام سببه أو بعـد قيام هـذا السـبب (١) • ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس الثمن أن يكون هناك

= المدنى — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — أن المشرع اجاز للمشترى حبس الثمن اذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد اداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده . وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يـده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطـر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ، ولم يقصر المشرع فى المادة المذكورة حق المشترى فى حبس الثمن على وقوع تعرض له بالفعل وانما اجاز له هـذا الحق ايضا ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين له وجود سبب جـدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده . (نقض مدنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٧ قضائية ونقض مدنى فى ٢٢ يناير سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٧ قضائية ، لم ينشرا بعد) .

وقضت محكمة النقض ايضا بانه فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقـة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقـد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الاصـل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن اذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك ان قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى ان يحبس ما لم يكن قد اداه من الثمن ، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قـد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام انه لم يشتر ساقط الخيار : نقض مدنى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ .

(١) ولما كان المشترى ينزل بهذا الاتفاق عن حق له ، فانه يجب ان يكون النزول واضحا لا لبس فيه شأن النزول عن أى حق . فلا يكفى وعد المشترى =

سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه، فانه لا يكون هناك محل لحبس الثمن عنه اذ آن الثمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (١) .

على أن مجرد علم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى ذات الوقت

= بعد كشفه قيام سبب للحبس أن يدفع الثمن فى ميعاد معين ، فقد يحمل هذا الوعد أن المشترى اراد ان يفسح الوقت امام البائع لازالة سبب الحبس . كذلك لا يكفى أن يكون المشترى قد تعهد بدفع الثمن لاجنبى لسقوط حق الحبس، فان المشترى يستطيع أن يحتج بحقه فى الحبس تجاه الاجنبى كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكفى أن يقبل المشترى حوالة البائع للثمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشترى عن حقه فى الحبس ، فاذا اقترن بظروف تفيد هذا القبول سقط حق المشترى فى الحبس (بودرى وسينيا فقرة ٥١٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يكفى علم المشترى وقت البيع بخطر نزع الملكية منه حتى يحرم من حق الثمن ، وان كان التقنين اللبنانى (م ٤٧٠) ينص على ان ذلك يكفى ذلك ان علم المشترى بسبب الاستحقاق فى القانون المصرى لا يكفى لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكفى هذا أيضا لسقوط حق حبس الثمن عن المشترى . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطا فى قيام حقه فى الحبس ، اما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينبىء به واقع الدعوى (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضا بودرى سينيا فقرة ٥١٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ — ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية عن البائع ، أما اذا كان لا يزال ملزما بدفع قيمة المبيع فان للمشترى الحق فى حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تخلف الطاعن عن الوفاء بباقى الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق فى حبس باقى الثمن لانه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلا عن انه تنازل عن حقه فى حبس الثمن بموجب الاتفاق فى العقد واذ كان ما استخلصته المحكمة فى هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ، فان النعى على الحكم المطعون فيه — الذى قضى بفسخ العقد لهذه الاسباب — يكون على غير اساس (نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول ص ٨٨٨) .

معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن (١) .

فاذا توافرت الشروط التى قدمناها ، كان للمشترى أن يحبس الثمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا .ولكن يجب ألايكون المشترى قد دفع الثمن الى البائع ، فاذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (٢) . ويكون حق الحبس قد سقط بالدفع حتى لو أن المشترى وقت أن دفع الثمن لم يكن عالما بقيام سبب لحبسه (٣) . فاذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ان المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن اذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ، مادام انه لم يشتر ساقط الخيار : نقض مدنى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٤٣ ، ونقض مدنى فى ١٤ ابريل سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ٩٧ ص ٦٠٤ .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى ان المشرع اجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن اذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد اداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده ، وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ، ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن (نقض مدنى ٢٥٤ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨) .

(٢) واذا سلم المشترى الثمن للمحامى الذى يتولى كتابة العقد او للوسيط ، فان كان سلمه له معتبرا اياه وكيلا عن البائع لم يستطع استرداده ، أما ان كان سلمه له معتبرا اياه وكيلا عنه لتسليمه الى البائع بعد الكشف عن العقار جاز له أن يسترده (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٣٥ هامش ١ — الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه ايداعه خزانة المحكمة (١) • فالمشترى حر ان شاء حبس الثمن فى يده وبقى دينا فى ذمته ، وان شاء أودعه خزانة المحكمة وبرئت منه (٢) • غير أن له مصلحة فى ايداعه خزانة المحكمة بدلا من حبسه فى يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضا لقطع سريان الفوائد ان كانت مستحقة على الثمن ، فان الفوائد لا تنقطع اذا بقى الثمن فى ذمته ولو كان حابسا له (٣) كما قدمنا ؛ وتنقطع (٤) اذا هو أودعه خزانة المحكمة (٥) • واذا قام سبب الحبس فى بعض المبيع لا فى كله ؛ بأن وقع تعرض فى جزء من المبيع أو خشى المشترى وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشترى أن يحبس كل الثمن ، بل يحبس جزءا منه يتناسب مع الخطر الذى يتهدده ، فيحبس ، مثلا ما يساوى الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهددة بالاستحقاق (٦) • وحق المشترى

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٨ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ •

(٢) ويستطيع بعد ايداعه خزانة المحكمة ، وقبل قبول الايداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه فى يده (بودرى وسينيا فقرة ٥١١) •

(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩ — استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ — استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ • بل لا يستطيع المشترى حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعندئذ ذلك يحق له حبس الفوائد ايضا (بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ — تارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ — وانظر استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٨) •

(٤) ولكنها لا تنقطع اذا كان الايداع غير صحيح (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه دائنو البائع وبقى مودعا بسبب معارضة منه فى التوزيع الوقتى أو النهائى ويتبين أن المعارضة لا أساس لها) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨) •

(٥) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ — بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ • وانظر آنفا فقرة ٣٩٤ فى الهامش •

(٦) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ — واذا اختلف المشترى مع البائع على القدر الذى يحبسه من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتستأنس فى ذلك عند الحاجة برأى الخبراء (بودرى وسينيا فقرة =

فى حبس الثمن على النحو الذى قدمناه يحتج به المشترى ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضا تجاه الغير كما اذا حول البائع الثمن فان للمشترى أن يحتج بحق الحبس تجاه المحال له حتى لو كان المشترى قد قبل الحوالة مالم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق فى الحبس (١) .

وحق المشترى فى حبس الثمن ، وان ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٢و٣ مدنى ليس الا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ exceptio non adimpleti eontractus وللحق فى الحبس بوجه عام droit de rétention فالتزام المشترى بدفع الثمن للبائع يقابله التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشترى ، فاذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشترى تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيبا فى المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (٢) .

= ٥١٨ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ — الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٣٨ — وقارن الاستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٧) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص (م ٤٧٠) يقضى بأنه « اذا كان التعرض مقصورا على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشترى أن يحبس من الثمن الا ما يناسب ذلك القسم » (أنظر آنفا فقرة ٣٩٥ فى الهامش) .

وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لقصر حق المشترى فى الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهدده ، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر ، واذ يبين من الحكم الابتدائى — الذى أيده الحكم المطعون فيه واحال الى أسبابه — أنه رفض حق الطاعنين فى حبس باقى ثمن الارض المبيعة ، استنادا الى مجرد القول بان وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكية على الارض وفاء لمبلغ ٢٦٥ر٧٩٨٦ جنيها لا يكفى كمبرر لحبس كل الباقى من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ جنيها ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين فى الوقت الذى استعملوا فيه حقهم فى الحبس ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب : نقض مدنى فى ٣١ مايو سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٢٧٥ ص ٤٨٨ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى « وحق الحبس هذا ليس الا تطبيقا للحق فى الحبس وللدفع بعدم تنفيذ العقد وهما مقرران فى القواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدنى تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى ومن =

وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده ويخوله حق حبس ما لم يؤد قد اداه من الثمن ، هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابه عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على اسباب سائغة تكفى لحمله (١) .

= ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل اليه كمستندات الملكية وبيان حدود عقاره ، الا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشترى ولم يقم بتنفيذه ، جاز للبائع — وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى — ان يمتنع من جانبه عن القيام بالاجراءات اللازمة للتسجيل : نقض مدنى فى ٢٥ يوليه سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢١ ص ١٤٧٧ .

على أن هناك توسعا فى مبدأ الدفع لعدم التنفيذ اذا كان حق المشترى فى حبس الثمن يرجع ، لا الى تعرض فعلى أو عيب كشفه المشترى ، بل الى مجرد خشية المشترى من ان ينزع المبيع من يده ، فهنا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هناك أنه يخشى من عدم امكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لاتجيز الدفع بعدم التنفيذ فى تطبيقاته العامة وتجيزه هنا فى هذا التطبيق الخاص (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٨ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٩) . ومن ناحية اخرى فان مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة فى المادة ٤٥٧/٢ و ٣ مدنى ، فيصح للمشترى أن يحبس الثمن اذا تعرض له البائع شخصيا أو اذا لم يقم بالاجراءات اللازمة لنقل الملكية او اذا لم يسلم المبيع او اذا لم يقم بأى التزام آخر نشأ فى ذمته من عقد البيع (الاستاذ محمد كامل موسى فقرة ١٩٩ ص ٣٧٠ — ص ٣٧١ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٩ — ص ٢٩٦ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجادلة الطاعنة فى جدية الاسباب التى تخول المطعون ضدهم حق حبس الباقى من الثمن والوفاء به بطريق الايداع مجادلة موضوعية غير مقبوله طالما أن الحكم المطعون فيه اقام قضاءه فى ذلك على اسباب سائغة ولها سندها فى الاوراق وتكفى لحمله (نقض مدنى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ — ونقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ المجموعة السابقة السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨) .

كما قضت محكمة النقض بان المشرع اجاز للمشترى اذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق فى أن يحبس مالم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده ، ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع الا انه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله (نقض مدنى فى ٣١ مايو سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٢٧٥ ص ٤٨٨) .

وقضت محكمة النقض ايضا بان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه =

ويبقى حق المشترى فى حبس الثمن قائما ، ولا يسقط الا بأحد أمرين :

١ — اذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذى كشفه المشترى فى المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافى أو حسم النزاع فى شأنه .

٢ — اذا قدم البائع للمشترى كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشىء واحد ، والقضاء

= فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به . وان المشرع اجاز تطبيقا لهذا الاصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ من القانون المدنى للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن اذا خيف على المبيع ان ينزع من يده ، وذلك ما لم يكن قد نزل من هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وقضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الامور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى اقام قضاءه على اسباب سائغة (نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٤٧ قضائية ، لم ينشر) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ — استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ — أول ابريل سنة ١٣١٤ م ٢٦ ص ٣٠٣ — ٢ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٣ .

وتتقدم الكفالة فى حدود الثمن الجائز حبسه ، فاذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة الا بمقدار الثمن فهو وحده الذى يحق للمشترى أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع اذا كان للاسترداد محل . وتقديم الكفالة من حق البائع ، فاذا لم يشأ تقديمها لم يستطع المشترى اجباره على ذلك ، وليس له الا حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٥) . واذا كان هناك اتفاق على ان المشترى لا يدفع الثمن الا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذه على المبيع ، كان للمشترى الا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة الا بعد شطب القيود (بودرى وسينيا فقرة ٥١٦) كذلك يحق =

بأحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بان المشترى لا يحق له ان يحبسه وتكون دعوى المشترى باحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا يجوز الى ذات النزاع الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى والا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه الى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده (١) .

(ب) المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= المشترى حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة اذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن فى يده لعرضه على الدائن المرتهن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٧ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٣) .

واذا كان البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، اغنى من تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشترى ايداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين للوفاء بديونهم وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشترين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه ، وكان هذا البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بايداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مؤسسة حكمها على مجرد أن المشترين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثنى عشر تسجيلا أربت على ألفى جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشترين فى حبس الثمن حتى يزول خطر نزع ملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفا للقانون . اذ الايداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشترى ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه الى البائع . ولا يعد عذرا فى حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه مادام المشترى غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن ومادام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن الى البائع (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧) .

(١) نقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٥٣ ص ٣٢٧ .

« ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٢٨/٤٩٦ و ٣٢٩ فقرة ٢و٣/٤٠٨ — ٤٠٩ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٧٣ — ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٤٤٥ — وفى التقنين المدنى الأردنى ٥٢٦ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة فى الفقرة الاولى فقد كانت فى المشروع التمهيدى « يسلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقا ، وصار رقمه ٤٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٢ — ص ١٣٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٢٨/٤٠٦ : يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه.

م ٢٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ — ٤٩٩ : واذا كان الثمن مؤجلا يكون دفعه فى محل المشترى ، ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى .

(ولم تذكر هذه النصوص ان مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمنا من مقصود .

(٣) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٢٤ : (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٥ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٣ : اذا كان مكان اداء الثمن معينا فى =

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين :

١ — حالة ما اذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع •

٢ — وحالة ما اذا كان الثمن مستحق الدفع فى وقت غير وقت تسليم المبيع •

٣٩٩ — الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع : يخلص مما قدمناه فى تحديد الوقت الذى يجب فيه الوفاء بالثمن أن الثمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع فى الفروض الآتيه :

١ — اذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع الثمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجبا وقت تمام البيع ، وفى هذا الوقت أيضا يكون الثمن مستحق الدفع •

=: العقد لزم اداؤه فى مكان المشترط اداؤه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب اداؤه فى المكان الذى يسلم فيه المبيع واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى موطن المشترى وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف او قانون يقضى بغير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٨٧ والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ — فقرة ٥٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد نص مقابل ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تقضى بان يكون الوفاء بالثمن فى موطن المشترى (م ٣٠٢ لبنانى) ، مالم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠١ : ١ — يكون الثمن مستحق الاداء فى المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع ، فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب اداؤه فى موطن المشترى . ٢ — وذلك كله ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك . (وهذا النص يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٢٦ : ١ — يلزم المشترى تسليم الثمن المعجل فى مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك .
٢ — اذا كان الثمن دينا مؤجلا على المشترى ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به فى مكان معين ، لزم اداؤه فى موطن المشترى وقت حلول الاجل .
(ويختلف هذا النص عن الحكم فى التقنين المصرى فى ان التقنين الاردنى فرق بين الثمن المعجل فجعل مكان الوفاء به هو مكان وجود المبيع وقت العقد وبين الثمن المؤجل فجعل الوفاء به فى موطن المشترى ، فى حين أن التقنين المصرى جعل الوفاء بالثمن يتم فى مكان تسليم المبيع فاذ لم يكن مستحقا وقت تسليم المبيع فانه يدفع فى موطن المشترى) .

٢ ـ اذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن .

٣ ـ اذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع الثمن ، فعندئذ يكون الثمن مستحق الدفع فى الوقت الذى يتم فيه تسليم المبيع .

ففى هذه الفروض جميعا ، مادام الثمن يدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فانه يدفع أيضا فى المكان الذى يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين فى وقت واحد وفى مكان واحد (١) . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون فى المكان الذى يوجد فيه عند تمام البيع ، فاذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه فى موطن البائع (٢) ويترتب على ذلك أنه فى الفروض السالف ذكرها ـ حيث يكون الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع ـ يجب دفع الثمن اما فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع اذا كان له محل وجود ثابت واما فى موطن البائع اذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت،وبذلك يتم تسليم المبيع (٣) ودفع الثمن فى وقت واحد وفى مكان واحد . وسواء دفع الثمن فى المكان الذى يوجد فيه المبيع أو دفع فى موطن البائع ، ففى الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهى تقضى بأن يكون وفاء الالتزام ـ وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود ـ « فى المكان الذى يوجد فيه

---

(١) فاذا كان المشترى هو الذى يطلب المبيع وجب عليه أولا أن يدفع الثمن ، واذا كان البائع هو الذى يطلب الثمن وجب عليه أولا أن يسلم المبيع (انسيكلوبيدى داللوز ه لفظ Vente فقرة ١٥٨١) . واذا ارسل البائع السلعة الى المشترى فى مقابل دفع ثمنها contre remboursement فكان تسليم المبيع ودفع الثمن هو موطن المشترى (انسيكلوبيدى داللوز ه لفظ Vente فقرة ١٦١٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣١٠ .

(٣) ولابد أن يتم التسليم فعلا فى المكان الذى يدفع فيه الثمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين فى مكان واحد . وهذا ما يعلل أن عبارة « يسلم فيه المبيع » التى كانت واردة فى نص المشروع التمهيدى قد عدلت فى لجنة المراجعة فاصبحت « سلم فيه المبيع » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ـ وانظر آنفا فقرة ٣٩٨ فى الهامش) .

موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال » (م ٣٤٧/٢ مدنى) . فهنا قد دفع الثمن ، لا فى موطن المدين وهو المشترى أو فى مركز أعماله ، بل دفع اما فى مكان وجود المبيع واما فى موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ — الثمن مستحق الدفع فى وقت غير وقت تسليم المبيع : ويكون الثمن مستحق الدفع فى وقت غير وقت تسليم المبيع فى الفرضين الآتيين :

١ — اذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ففى هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجبا بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجبا فى الوقت الذى حدد له (١) .

٢ — اذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين فى وقتين مختلفين .

وعندئذ — فى الفرضين المتقدمين — تنتفى الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحدا أيضا حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن فى وقت واحد وفى مكانين مختلفين . أما الآن والثمن يدفع فى وقت غير الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة فى أن يدفع فى المكان الذى يسلم فيه المبيع (٢) . ومن ثم وجب الرجوع فى هذين الفرضين الى القواعد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل. فاذا كان وفاء باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى ، فان اشتراط المشترى الا يصرف البائع باقى الثمن الذى اودعه خزانة المحكمة الا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح : نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٣٩ ص ١٦٨٨ .

(٢) لكن اذا كان الاجل الممنوح للمشترى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان اجلا تفضل به عليه البائع لا بقى المشترى ملتزما بدفع الثمن فى المكان =

العامة ، وهى تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون فى موطن المشترى أو فى مركز أعماله وقت استحقاق الثمن • وهذا ما نصت عليه فعلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدنى اذ تقول : « فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن » • فليس هذا النص الا تطبيقا للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، اذا كان البيع متعلقا بالأعمال التى يمارسها المشترى عادة وبخاصة اذا كان بيعا تجاريا ، هو مركز أعمال المشترى (م ٣٤٧/٢ مدنى) •

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه (١) •

المطلب الثانى

جزاء الاخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠١ — **تطبيق القواعد العامة** : اذا أخل المشترى بالتزام الوفاء بالثمن ، كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الاخلال • فالبيع عقد ملزم للجانبين ينشىء التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى والتزام المشترى بدفع الثمن للبائع • فاذا لم يف المشترى بالتزامه ، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينفذ جبرا على ماله بالثمن ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشترى وله عليه

= الذى تسلم فيه المبيع وان كان يدفعه فى وقت غير وقت تسليم المبيع (جيوار ٢ فقرة ٥٦٠ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٦ ص ١٠٠ — بودرى وسينيا فقرة ٤٩٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) •

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشترى وقت استحقاق الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما اذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع • أما اذا كان مستحقا فى هذا الوقت ، فان البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) •

حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائنى المشترى (١) • وجاز للبائع أن يطلب فسخ البيع تطبيقا لقواعد الفسخ المقررة فى العقود الملزمه للجانبين (٢) • وجاز للبائع أخيرا ، اذا كان لم يسلم المبيع الى المشترى ، أن يحبسه فى يده حتى يستوفى الثمن (٣) ، تطبيقا لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضا فى العقود الملزمه للجانبين (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى نصوص المواد ١١٣٤ و ١١٤٧ من القانون المدنى والمادة ٢ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى • ان الامتياز المقرر بمقتضى القانون لثمن العقار المبيع يجب أن يشهر ، وشهر الامتياز يحصل بالقيد ، وذلك حتى يسرى الامتياز فى مواجهة الغير كما يجب هذا القيد ولو كان البيع مسجلا • واذ يترتب على عدم شهر حق امتياز بائع الاطيان الزراعيه فضلا عن عدم سريانه فى مواجهه الغير ، ان تظل ذمه المشترى مشغوله بمقدار ما عليه من دين لينفذ به البائع على اموال المشترى الأخرى استيفاء لحقه : نقض مدنى فى ٣ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٣٣ ص ٨٤٥ •

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا لم يدفع المشترى الثمن عند استحقاقه ، او لم يقم بالالتزامات الاخرى التى نشأت من عقد البيع ، فالبائع بالخيار بين ان يلزم المشترى بالتنفيذ او ان يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٣٢ من التقنين المدنى السابق ، وتنص على انه « اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الزام المشترى بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ فى الهامش وص ١٤٩ فى الهامش) . أنظر ايضا الفقرة الاولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدنى العراقى وانظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ •

وقد قضت محكمة النقض بان الصحيح فى القانون — وعلى ماجرى به قضاؤها — هو ان التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ماقبضه من الثمن ، بما مؤداه ان من حق المشترى ان يحبس مايستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد مادفعه من الثمن : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١١٣ ص ٧٢١ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن الا أن حق المشترى فى الحبس ينقضى بوفاء البائع التزامه : نقض مدنى فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٤ ص ١٢٢٩ •

وهــذه الجزاءات المختلفة ــ التنفيذ الجبرى وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع ــ لها أهمية عملية بالغة فى البيع بوجه خاص ، لما لهــذا العقــد ذاته من أهمية عملية بالغة أشــرنا اليهــا منذ البداية (١) • وهى ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشــترى بطــرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل فى الوقت ذاته مصلحة المشــترى نفسه اذ تهيىء له سبل الائتمان فيستطيع فى يسر أن يجد البائع الــذى يمهله فى الوفاء بالتزامه مطمئنا لما وضــع القانون بين يديه من ضــمانات قوية •

ويجوز للبائع مطالبة المشترى بتعويض عما لحقه من اضرار نتيجة تأخيره فى سداد الثمن ، ولكن يشترط لاستحقاق هذا التعويض وجــود خطأ من جانب المشترى ، فاذا انتفى هذا الخطأ لاتقضى المحكمة للبائع بالتعويض ولو كان مقدرا فى عقد البيع • وقد قضت محكمة النقض بأنه

= كما قضت محكمة النقض بانه لا يجوز لغير البائع ان يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لان هذا الدفع هــو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولايقبل الا من المتعاقد الاخر ، فاذا كان البائع لــم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والايداع الحاصلين من المشترى صحيحين ومارتبه على ذلك من اعتبار الايداع مبرئا لذمة هذا المشترى من الثمن ، فانه لايقبل من الطاعن ــ وهو مشتر ثان ــ الطعــن على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه : نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٣٢ •

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥١ ــ ص ١٥٢ و ص ١٥٤ •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اقيمت دعوى من البائع بطلب فســخ عقد البيع لتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن فقضى برفضها لوفاء المشترى بباقى الثمن فان هذا القضــــاء يحــوز قوة الامر المقضى ويمنع الخصوم أنفســهم من التنازع فى هذه المسألة فى الدعوى التى يقيمها المشترى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع ولو بادله قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الاولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين التقيد بهذا القضاء بين الخصوم انفسهم ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين وكونهما فى الدعوى الاولى فسخ عقد البيع وفى الدعوى الثانية صحة ونفاذ عقد البيع ، ذلك ان دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ودعوى فسخ العقــــد يعتبران فى حقيقتهما وجهين لنزاع واحد : نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر ســنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٩٨ ص ٢٠٤٠ •

يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه وجود خطأ من المدين ، ولا يغنى عن توافر هذا الشرط ان يكون التعويض مقدرا فى العقد ، لأن هذا التقدير ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وانما ينشأ الحق فى التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه • واذ يبين من الحكم المطعون فيه انه قضى برفض دعوى فسخ عقد البيع المرفوعة من البائعة على المشترين اسنادا الى انهما قاما بدفع باقى الثمن فى الوقت المناسب ، مما مؤداه انتفاء الخطأ فى حقهما ، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم برفض طلب التعويض ، ولو كان مقدرا فى العقد ، فان النعى على الحكم يكون على غير اساس (١) •

أما التنفيذ الجبرى وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه فنون المرافعات والثانى عند الكلام فى حقوق الامتياز • ويبقى للبحث هنا طريقان :

١ — حبس المبيع •

٢ — وفسخ البيع (٢) •

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٧٥ ص ٣٨٥ •

(٢) وقد يشترط البائع الا يتصرف المشترى فى المبيع قبل وفائه بالثمن كاملا ، فهذا الشرط صحيح ، ومتى سجل البيع مقترنا بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشترى قبل الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ — يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشترى من المشترى ان يعتبر البيع الصادر له سببا صحيحا للتمسك بالتقادم القصير — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ — ١٧ ابريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٥٥) • وقد يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاء الثمن (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩١ — ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧) ، وقد يشترط أنه فى حالة تأخر المشترى فى دفع قسط تحل باقى الاقساط وتستحق عليها جميعا فوائد تأخير دون حاجة الى اعذار ، فيصح الشرط (استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣) • واذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشترى فى دفع قسط مع اعتبار الاقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع على سبيل التعويض ، نظر =

٧ — حبس المبيع

٤٠٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع » .

« ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ » .

وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتى :

« اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) .

= القاضى فى اعطاء البائع التعويض المناسب ، والا كان المبلغ المدفوع على سبيل التعويض اكبر كلما كانت الاقساط المدفوعة اكثر (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٩ — اول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) .

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٤٥٩ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدى ، والفقرة الاولى من نص المشروع التمهيدى تطابق ما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . اما الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى : « وكذلك يجوز للبائع ان يحبس المبيع ، حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن ، اذا كان المشترى قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، او كان فى حالة اعسار يوشك معها ان يضيع الثمن على البائع ، ما لم يقدم المشترى كفيلا » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية بحذف الجزء الاخير منها واحالة الحكم الوارد فيه على المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى الجديد ، واصبحت المادة رقمها ٤٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ — ص ١٤٥) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — اذا حق للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السـابق المواد ٣٤٥/٢٧٤ و ٣٥٠/٢٧٩ و ٣٥١/٢٨٠ و ٣٥٣/٢٨١ و ٣٥٢ مختلط (١) .

= فلا يجوز للمشترى أن يستولى على المبيع دون اذن من البائع ، والا جاز لهذا البائع ان يسترد المبيع . ٢ — على أنه اذا هلك المبيع فى يد المشترى ، كان الهلاك عليه . ٣ — أما اذا سلم البائع المبيع طوعا ، فليس له ان يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه فى المطالبة بفسخ العقد » . وفى لجنة المراجعه حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانيه بجعلها بنص على حكم الحالة العكسية لأنها اكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتى : « ١ — اذا استعمل البائع حقه فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فليس للمشترى ان يستولى على المبيع دون اذن البائع ، والا جاز للبائع أن يسترد المبيـع . ٢ — وفى جميع الاحوال اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له . كـان الهلاك على المشترى » . وصـار رقم المادة ٤٧٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الاولى لانها « تطبيق واضح للقواعد العامة لا ضروره للنص عليه » ، فأصبحت المـادة مقصـورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت اليها اللجنة حالة ما اذا كان المبيع قـد هلك بفعل البائع وهو حابس له وتضت أن الهلاك فى هذه الحالة يكون عليه لا على المشترى ، وهذه الحالة محتملة الوقوع فوجد من المفيد النص عليها ، واصبح نص المادة مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ — ص ١٤٩) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٤٥/٢٧٤ : وضع اليد على المبيع بدون اذن البائع لا يكون معتبرا ان لم يدفع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حينئذ فى استرداد المبيع . وانما اذا هلك المبيع وهو فى حيازة المشترى ، كان هلاكه عليه .

م ٣٥٠/٢٧٩ : للبائع الحق فى حبس المبيع فى يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلا أو بعضا على حسب الاتفاق ، ولو عـرض المشترى عليه رهنا أو كفالة ، هذا ان لم يكن البائع المذكور قد اعطى المشترى بعد البيع اجلا لدفع الثمن لم يحل .

م ٣٥١/٢٨٠ : ليس للبائع الذى لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه اليه ان يسترد المبيع الذى سلمه باختياره للمشترى ، وانما له الحـق فى الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .

م ٣٥٣/٢٨١ : اذا قلت التامينات المعطاة من المشترى لدفع الثمـن أو صار فى حالة اعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع ، جاز للبائـع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الاجل المتفق عليـه لدفع الثمن فيـه ، الا اذا اعطاه المشترى كفيلا .

م ٣٥٢ مختلط : وليس للبائع ان يمتنع عن التسليم اذا حول المشترى بجميع الثمن او بجزء منه .

(واحكام التقنين السابق تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين الجديد) =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٢٧ — ٤٢٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٤٨ — ٤٤٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٧٧ — ٥٨٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٠٧ — ٤١١ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٥٠٣ — ٥٠٤ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٣٠ (١) .

= فيما عدا المادة ٣٥٢ مختلط فهذه حذفت لانها على غير مقتضى القواعد العامة المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ — ص ١٥٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٢٧ — ٤٢٨ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ — ٤٦٠ مصرى . وانظر القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣١ — فقرة ٢٣٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٨ — ٤٤٩ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ — ٤٦٠ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٧ : ١ — للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفى ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة فله حبسه الى أن يستوفى الثمن الحال ، سواء سمى لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ — على أن اعطاء المشترى رهنا او كفيلا بالثمن لا يسقط حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ — اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد اسقط حق حبسه ، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه الى أن يستوفى الثمن . ٢ — وقبض المشترى المبيع بدون اذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرا ، وللبائع حق استرداده . فان هلك المبيع او تعيب وهو فى يد المشترى ، ينقلب القبض معتبرا ، ويلزم المشترى باداء ما فى ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ — اذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع او رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له فى حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه الى المشترى ولا يطالب بالثمن قبل حلول الاجل . ٢ — على انه يجوز للبائع ان يحبس المبيع حتى لو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن ، اذا كان المشترى قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان فى حالة اعسار يوشك معهما ان يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشترى كفالة .

م ٥٨٠ : اذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه الى أن يستوفى الثمن او تبيعه المحكمة وتؤدى للبائع حقه من ثمنه فان زاد من حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء ، وان نقص ولم يستوف حق البائع بتمامه فيكون اسوة للغرماء فيما بقى له .

(واحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى ...

ونبحث فى حبس المبيع مسائل ثلاثا :

١ — متى يثبت للبائع حق حبس المبيع .

٢ — وما الذى يترتب على ثبوت هذا الحق .

٣ — وكيف ينقضى .

= انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٣ — فقرة ٢٩٩ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٦٦ — فقرة ٥٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٠٧ : يجب ان يكون التسليم فى الوقت المعين له فى العقد ، واذا لم يعين وقت وجب التسليم على اثر انشاء العقد مع مراعاة المهل التى تقتضيها طبيعة المبيع او العرف . ان البائع الذى لم يمنح المشترى مهلة للدفع لايلزم بتسليم المبيع مادام المشترى لم يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة او غيرها من وجوه التامين .

م ٤٠٨ : اذا بيعت مدة اشياء جملة ، فيحق للبائع ان يحبسها كلها لديه الى ان يقبض مجموع اثمانها ، وان كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع ان يمتنع عن تسليم المبيع : اولا — اذا اجاز لشخص آخر ان يقبض الثمن او البقية الواجبة منه . ثانيا — اذا قبل حوالة على شخص آخر فى دفع الثمن او البقية الواجبة منه . ثالثا — اذا منح المشترى بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لايلزم البائع بتسليم المبيع وان يكن قد منح الشارى مهلة للدفع : اولا — اذا اصبح المشترى بعد انعقاد البيع فى حالة الاعسار . ثانيا — اذا كان فى حالة الافلاس او التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته . ثالثا — اذا نقصت التامينات التى قدمها ضمانا للدفع حتى أصبح البائع مستهدفا لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : اذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضامنا للمبيع على الشروط التى يضمن بها الدائن المرتهن الشىء المرهـون عنده .

(وتتفق احكام التقنين اللبنانى مع احكام التقنين المصرى ، فيما عدا : ١ — ان قبول البائع لحوالة الثمن على شخص آخر يسقط حقه فى الحبس فى التقنين اللبنانى ، كذلك اذا اجاز البائع ان يقبض الثمن شخص آخر . اما فى القانون المصرى فيبقى حق الحبس ضامنا للبائع . ٢ — حالات سقوط الاجل فى القانون اللبنانى تختلف فى بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط الاجل فى القانون المصرى . اما فى هلاك العين المبيعة وهى محبوسة فى يد البائع بغير فعل البائع ، فان الهلاك يكون على المشترى فى القانون المصرى ، وقد احال التقنين اللبنانى فى ذلك على احكام الرهن وتقضى المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية فى لبنان بان « يبقى العقار باشراف واضع اليد ويبقى بعهدة المالك وعلى مسئوليته اذا اثبت المرتهن حدوث ظروف قاهرة » . فالهلاك اذن يكون على المالك اى الراهن فى حالة الرهن وعلى المشترى فى حالة البيع ، ويكون حكم التقنين اللبنانى متفقا مع حكم التقنين المصرى) . =

٤٠٣ — متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩ مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن اذا كان وقت دفع الثمن متقدما أو معاصرا لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك فى الحالتين الآتيتين :

أولا — اذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشترى . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقا من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقا من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضا بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضا أن يحدد وقت لتسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قدمنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيرا أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدم على الوقت الذى يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فاذا تأخر المشترى

= التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٣ — ٥٠٤ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ — ٥٦٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٢٣ : ١ — للبائع ان يحتبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشترى رهنا او كفاله . ٢ — فاذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه فى احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشترى .

م ٥٢٤ : ١ — اذا قبض المشترى المبيع قبل آداء الثمن على مرأى من البائع ولم يمنعه كان ذلك آذنا بالتسليم . ٢ — واذا قبض المشترى المبيع قبل أداء الثمن بدون اذن البائع كان للبائع استرداده ، واذا هلك أو تعيب فى يد المشترى اعتبر متسلما الا اذا شاء البائع استرداده معيبا .

م ٥٣٠ : ١ — اذا تسلم المشترى المبيع ثم مات مفلسا قبل اداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع ويكون الثمن دينا على التركه والبائع اسوة سائر الغرماء . ٢ — واذا مات المشترى مفلسا قبل تسلم المبيع واداء الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه . ٣ — واذا قبض البائع الثمن ومات مفلسا قبل تسليم المبيع كان المبيع امانة فى يده والمشترى احق به من سائر الغرماء .

(وهذه النصوص تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

فى دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

ثانيا — اذا كان الثمن مؤجلا الى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن فى الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذى استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشترى فى هذه الحالة أيضا أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة فى المادة ٢٧٣ مدنى اذ تقول : « يسقط حق المدين فى الأجل :

١ — اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون .

٢ — اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التامين . أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

٣ — اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (١) .

ويخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع اذا كان وقت دفع الثمن متأخرا عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلا اذا كان

---

(١) انظر الوسيط جـ ٣ فقرة ٧١ — فقرة ٧٥ .

(٢) ويجب أن يسقط الاجل فعلا ، فلا يكفى مجرد خشية البائع أن يكون المشترى معسرا عند حلول الاجل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ وهامش رقم ٣) . أما اذا كان البائع قد منح المشترى أجلا وهو يجهل أنه مفلس أو معسر ، فان الاجل يمكن اسقاطه فى هذه الحالة للغلط ، ويكون للبائع حبس المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ هامش رقم ٤) .

قد حدد وقت لدفع الثمن متأخر عن الوقت الذى حدد لتسليم المبيع ، أو حدد وقته لدفع الثمن دون أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب فى هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام البيع (١) . أما الثمن فيدفع فى الوقت الذى حدد له ، ولا يجوز فى هاتين الحالتين للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) . كذلك لا يكون البائع فى حاجة الى حبس المبيع اذا كان وقت تسليمه متأخرا عن وقت دفع الثمن ، فهو فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشترى بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع الا فى الوقت المحدد للتسليم ، ولكن اذا جاء هذا الوقت وكان المشترى لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين :

١ — اذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى — وهذه هى نظرة الميسرة — لم يحل قيام هذا الأجل دون حبس البائع للمبيع الى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقا على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلا منحه البائع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الثابت ان الطاعن المشترى تمسك دفاعه بانه لايحق للمطعون ضدهم البائعين طلب فسخ العقد طالما انهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الارض وتمكينه من وضع يده عليها ، وان من حقه ازاء ذلك ان يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يوفى البائعون التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب اى التزام على عاتق المطعون ضدهم البائعين من حيث تسليم الارض المبيعة وتمكين المشترى الطاعن من وضع يده عليها ، فان ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك ان الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك : نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض للسنة ٢٦ رقم ١٦٤ ص ٨٤٠ .

(٢) ولكن قد يقع فى هاتين الحالتين — وقت دفع الثمن متأخر عن وقت تسليم المبيع او تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع — الا يطالب المشترى بتسليم المبيع حتى يحين وقت دفع الثمن ، فللبائع عندئذ ان يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

للمشترى كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشترى فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشترى رغم ارادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه الى التيسير على المشترى لا الى اضاعة حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) .

٢ — ان حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فى الأحوال المتقدم ذكرها ليس الا تطبيقا لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق فى الحبس بوجه عام (٢) ، فان البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشترى فيه عن الوفاء بالتزامه وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يقف هو أيضا من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفى الثمن (٣) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشترى أن يشترط على البائع فى عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وسنرى ان البائع يجوز له أيضا ، بعد أن يثبت حقه فى الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق اما بمنحه أجلا للمشترى لدفع الثمن ، واما بتسليمه المبيع اختيارا للمشترى بدلا من حبسه ، واما بأى طريق آخر يفيد النزول عن الحق (٤) .

---

(١) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ — جيوار ٢ فقرة ٢١٧ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٣٠٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٢ .

(٣) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الاثبات على المشترى ، فهو الذى عليه أن يثبت أنه وفى بالثمن الحال فى ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والامتناع عن حبسه فى يده ، ذلك لان المشترى هو المدين بالثمن والمدين هو الذى يقع عليه عبء اثبات التخلص من دينه (انظر مع ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٦ ص ١٧٩) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان يبين مما أورده الحكم ان ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين انه اشتمل على عقدين احدهم عقد بيع والاخر عقد ايجار وأن كلا منهما استوفى اركانه القانونية ومستقل عن الآخر ورتب على ذلك انه وقد ثبت ان المشترية قامت بتنفيذ =

٤٠٤ — ما الذى يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب على ثبوت حق البائع فى حبس المبيع ما يترتب على الحق فى الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلا عند الكلام فى الحق فى الحبس (١) •

فالبائع يمتنع عن تسليم المبيع للمشترى حتى يستوفى الثمن كاملا وفوائده التى قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشترى بعض الثمن بقى المشترى حابساً لكل المبيع حتى يستوفى الثمن والفوائد جميعاً • ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، سواء سمى لكل شىء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشترى أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع اذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٢) •

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشترى ، فقد قدمنا أن للمشترى ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ولا يؤثر الحبس فى هذا الحق • ولكن يكون للبائع الحق فى حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفى الثمن وفوائده التى تستحق بالرغم من عدم تسلم المشترى للمبيع ، فان عدم تسلم المشترى للمبيع يرجع الى خطأه اذ لم يوف بالثمن المستحق فى ذمته (٣) •

= التزامها فى عقد البيع فانه يتعين على الطاعن البائع ان يوفى بالتزامه فى هذا العقد وليس له ان يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه الى ان المطعون عليها المشترية امتنعت عن تنفيذ التزامها فى عقد الايجار بدفع الاجرة ، ذلك ان هذا الالتزام الاخير انما هو التزام يفرضه عقد الايجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٩٦ ص ٥٠٥ •

(١) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٦٨ — فقرة ٦٧٨ •

(٢) انظر المادة ١/٥٧٧ عراقى والمادة ٤٠٨ لبنانى (آنفا فقرة ٤٠٢ فى الهامش) •

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « اما ثمرات المبيع وقت الحبس فهى للمشترى من وقت استحقاق الثمن • وعليه فوائد الثمن » مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ • ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بانه من المقرر قانونا ان البائع له الحق فى =

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه اياه وفقا لأحكام رهن الحيازة فيبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدنى) ، وفى ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدنى : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » . فاذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فاذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشترى ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٦٠ مدنى كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهى هنا على المشترى لأن التسليم لم يتم بخطأه ، فهو الذى تأخر فى دفع الثمن فاضطر البائع الى حبس المبيع . أما اذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسئولية الهلاك اذا وقع بخطأه ، وجاز للمشترى أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقا للقواعد العامة ، ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة فى المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه اذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه (٢٤٧ / ٣ مدنى) .

ولا يجوز للمشترى ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع

= حبس العين المبيعة فى فترة حبس العين . كذلك المشترى الذى يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه ، وهو فى وضع يده حسن النية فلا يطالب بثمرات العين فى فترة حبسها (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة ٥٠ رقم ١٧٦ [illegible]

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع قد أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى اذا كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد استنادا الى تأخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن المشترى من تخلف المطعون ضدهم البائعين من الوفاء بالتزامهم بالتسليم ، فانه يكون معيبا : نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٤ ص ٨٤٠ .

دون أذنه ، فان فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من يــده وقبل انقضاء سنة من خروجه • كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أى شخص آخر يأخذه منه دون اذنه ولو كان غــير المشــترى ، بنفس الشروط التى يسترد بها المبيع من المشترى • وتقول المادة ٢٤٨ مــدنى فى هذا الصدد :

« ١ ــ ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حــائزه أو محرزه •

٢ ــ ومع ذلك يجوز لحابس الشىء اذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » (١) •

وحق البائع فى حبس المبيع يحتج به البائع عــلى الغير ، فلو أن المشترى باع المبيع ، ودفع المشترى من المشترى ثمنه للمشترى ، ولكن المشترى لم يدفع الثمن الى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عـــن المشترى من المشترى حتى يستوفى الثمن من المشترى •

٤٠٥ ــ **كيف ينقضى حق البائع فى حبس المبيع** : ويبقى حـــق البائع فى حبس المبيع قائما الى أن ينقضى هذا الحق ، اما بزوال سببه ، واما بنزول البائع عنه •

فينقضى حق البائع فى حبس المبيع بزوال ســبب الحبس ، وذلك بأن يستوفى البائع الثمن والفوائد جميعا ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ،

---

(١) انظر المادة ٢٧٤/٣٤٥ من التقنين المدنى السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراقى (آنفا فقرة ٤٠٢ فى الهامش) . ولكن اذا هلك المبيع فى يد المشترى قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشترى من باب أولى ما دام أنه يهلك على المشترى حتى لو كان فى يد البائع ، ويجب على المشترى الوفــاء بالثمن بالرغم من هلاك المبيع فى يده (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) •

فلو بقى فى ذمة المشترى بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفى مابقى فى ذمة المشترى .

وينقضى الحق فى حبس المبيع بنزول البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدما فى عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق. وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن يثبت له الحق فى حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا . فاذا سلم للمشترى المبيع اختيارا بعد ثبوت حقه فى حبسه ، عد هذا نزولا منه عن حقه فى حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشترى (٢) . وانما يستطيع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشترى بالثمن ، فاذا قضى له بالفسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . واذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشترى أجلا لدفع الثمن ، فان هذا يستخلص منه نزول ضمنى من البائع عن حقه فى حبس المبيع ، فيجوز للمشترى فى هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذى منحه اياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن نزل هذا عن حقه فى حبسه (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٦ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ — ولكن لا يعتبر تسليم المبيع الى المشترى قرينة قانونية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية اذ سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويزول حق البائع فى حبس المبيع حتى لو رجع اليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشترى ، ثم يسترجعها لاصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٦٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس اطلاقا ، ويجوز له أيضا أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشترى كفالة أو رهنا بالثمن ، فاذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع واستعاض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ — وانظر المادة ٣٥١/٢٨٠ من التقنين المدنى السابق والمادة ١/٥٧٨ من التقنين المدنى العراقى آنفا فقرة ٤٠٢ فى الهامش .

(٤) انظر العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة ٤٥٩ مدنى . =

لكن حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق لا يزول حتى لو قدم المشترى رهنا أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقا واجب الوفاء فى الحال ، فلا يكفيه أن يقدم له المشترى رهنا أو كفالة ، واذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما اذ له حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو فى حاجة الى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التى أعطاها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشترى (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشترى فى حبس الثمن ، على النقيض من حق البائع فى حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشترى ، وهذا لأن السبب فى ثبوت حبس الثمن للمشترى هو خشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسرا عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن فى هذه الحالة يكفى لملافاة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان اذا قدم المشترى للبائع ضمانا . فاذا ضعفت التأمينات التى تكفل الثمن لسبب لا دخل لارادة المشترى فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالا ، فكان للبائع

= والعبارة الاخيرة من المادة ٢٧٩/٣٥٠ من التقنين المدنى السابق ، والمادة ٢٧٩/١ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٤٠٩ ثالثا من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٤٠٢ فى الهامش) — وهذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الاجل للمشترى ، فيمنحه الاجل مع الاحتفاظ بحقه فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « أما اذا منح البائع للمشترى أجلا جديدا للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه فى الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ص ١٥٣) . وقد قدمنا ان الاجل (نظرة الميسرة) الذى يمنحه القاضى للمشترى للوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، لان القاضى لا البائع هو الذى منح المشترى الاجل .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، « فاذا كان الثمن كله او بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ماهو مستحق له ، ولا يسقط حقه فى الحبس (الا أن يقدم له : اقرأ ولو قدم له ، وما ورد فى المذكرة الايضاحية وقع فيه خطأ مادى) المشترى رهنا او كفالة ، لان البائع يطلب حقا واجب الوفاء فى الحال » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ — ص ١٥٤) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٩٧ .

حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشترى للبائع ضـمانا كافيا (م ٢٧٣ ثانيا مدنى) • فهنا يمتنع على البائع حبس المبيع اذا قدم له المشترى ضمانا كافيا للثمن،لا لأن الضمان الكافى يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافى يمنع من سـقوط الأجل فلا يكون الثمن حالا ومن ثم لا يثبت حق البائع فى حبس المبيع أصلا • وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالا ويحبس البائع المبيع حتى يستوفيه ، اذا لم يقدم المشترى للبائع ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات • فاذا قدم المشترى بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل الى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيـع ، لا لأن التأمينات التى قدمها المشترى للبائع قامت مقام الحبس ، بل لأن حـق الحبس ذاته لم يعد موجودا بعد أن رجع الأجل الى الظهور بتقـديم المشترى التأمينات التى وعد بتقديمها •

واذا حول البائع الثمن الذى فى ذمة المشترى الى محال له ، انتقل الثمن بضماناته الى المحال له ، ومن هذه الضمانات حـق حبس المبيع • فاذا كان المبيع لا يزال فى يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كـان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى ، فـلا يزول حق الحبس بالحوالة (١) •

---

(١) بل وللمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن — ومن أجل ذلك لم ينقل التقنين المدنى الجديد الحكم الذى كان واردا فى المادة ٣٥٢ مدنى مختلط ، وكانت تنص على أنه « ليس للبائع أن يمتنع من التسليم اذا حول المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه » ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما تدمناه . وكان القضاء الوطنى يقضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأن البائع الذى حول الثمن يبقى محتفظا بحق حبس المبيع ، لان التقنين المدنى الوطنى أغفل ذكر المادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المختلط . فقضت محكمة شبين الكوم الكلية بأنه اذا حول البائع الثمن الى شخص آخر ، فمجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمنا سقوط حق البائع فى حبس العين المبيعة فى القانون الاهلى ، وذلك لان الشارع قـد اغفل فى القانون المدنى الاهلى ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الاهلى قصد الا يسقط حق حبس العين الا بالتسليم الحقيقى أو التنازل الصريح عن هـذا الحـق أو دفـع الثمـن بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقـم ٩٤) . =

٢ — فسخ البيع

٤٠٦ — تطبيق القواعد العامة . اذا لم يف المشترى بالثمن المستحق ، فللبائع ، غير حبس المبيع ، ضمان اخر هو أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامه فى طلب الفسخ ، وهذه القواعد مقررة فى المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدنى • فتنص المادة ١٥٧ على أنه « ١ — فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد او بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض •

٢ — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبه الى الالتزام فى جملته » وتنص المادة ١٥٨ على أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه (١)

= وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط : « ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من التقنين المختلط • فقد تركت هذه المسالة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن البائع اذا حول حقه فى الثمن انتقل الى المحال له ما كان للبائع من ضمانات» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض فى هذه الحالة الاخيرة ان المشترى هو الذى أجرى حوالة الدين بالثمن فنقله من ذمته الى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله للحوالة نزولا منه عن حقه فى حبس البيع ، بل له ان يحبس المبيع عن المشترى حتى يستوفى الثمن اما من المحال عليه واما من المشترى نفسه .

ومن هنا نرى أن الاحكام الثلاثة التى أوردها تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٤٠٩ منه لا تتفق مع القواعد العامة فى الحكمين الاولين ، وتتفق معها فى الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا (انظر فقرة ٤٠٢ فى الهامش) ، على ما يأتى : « ليس للبائع ان يمتنع عن تسليم المبيع : أولا — اذا اجاز لشخص آخر ان يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانيا — اذا قبل حوالة على شخص آخر فى دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثا — اذا منح المشترى بعد العقد مهلة للدفع » .

(١) انظر أيضا فى هذا المعنى المادتين ٢٥٨ — ١٥٩ من التقنين المدنى =

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يورد نصوصا يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات ، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة ، وسيرد ذكرها فيما يلى (١) .

ويخلص من النصوص التى قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن اما أن يكون فسخا قضائيا ، واما أن يكون فسخا اتفاقيا .

(أ) الفسخ القضائى

٤٠٧ — مسائل ثلاث : اذا أخل المشترى بالتزامه من دفع الثمن كاملا فى ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة فى صدد هذا الفسخ ، ويسمى بالفسخ القضائى لأنه متروك لتقدير القاضى ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر فى الفسخ الاتفاقى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى الفسخ القضائى كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى .

١ — فى بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فورا ، اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا أن يضيع عليه المبيع والثمن .

٢ — فاذ لم يكن مهددا بذلك ، جاز للقاضى أن ينظر المشترى الى اجل تقدر مدته تبعا للظروف ، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد أخرى .

٣ — فاذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى أجل آخر » (٢) . وقد حذفت هذه

= السورى ، والمادتين ١٥٩ — ١٦٠ من التقنين المدنى الليبى ، والمادتين ١٧٧ — ١٧٨ من التقنين المدنى العراقى ، والمادة ٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ وفقرة ٤١١ .

(٢) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٣٣/٤١٤ —.

المادة فى لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) » .

فنستعرض اذن فى ايجاز القواعد العامة فى الفسخ القضائى (٢) مطبقين اياها على عقد البيع بالذات ، فنبحث مسائل ثلاثا : ١ — متى يجوز الفسخ . ٢ — وكيف يكون الفسخ . ٣ — والآثار التى تترتب على الفسخ .

٤٠٨ — متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : اذا كان الثمن مستحق الأداء ، وتخلف المشترى عن الوفاء به ، وجب على البائع اعذاره . فاذا لم يدفع المشترى الثمن بعد الاعذار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشترى يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض ان كان له مقتض (٣) . ويكفى لجواز طلب الفسخ أن يتخلف المشترى عن دفع

= ٤١٥ ، وهى تنص على انه « يجوز للمحكمة ان تعطى لاسباب قوية ميعادا للمشترى لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء . ولايجوز أن يعطى الا ميعادا واحدا » . ويقابل فى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٨١ وهى تنص على ما يأتى : « ١ — اذا لم يدفع المشترى عند استحقاقه ، او اخل بالالتزامات الاخرى التى نشأت عن عقد البيع ، فالبائع بالخيار اما أن يلزم المشترى بالتنفيذ ، واما أن يطلب فسخ البيع . ٢ — ويتعين الحكم بالفسخ فورا اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا أن يضيع عليه المبيع والثمن . فاذا لم يكن مهددا بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشترى الى أجل تقدر مدته تبعا للظروف ، على ان يدفع المشترى الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد اخرى . فاذا انقضى الاجل دون ان يدفع المشترى الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى اجل آخر » .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ فى الهامش وص ١٤٩ فى الهامش .

(٢) انظر فى القواعد العامة فى الفسخ القضائى الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٧٩ .

(٣) ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشترى قد نفذ لالتزامات التى ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها فى ذلك تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٩٥٢) . كما أن لها أن تستخلص انه لم ينفذ هذه الالتزامات فتقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات هى دفع الثمن أو التزامات اخرى اخذها المشترى على نفسه فى عقد البيع . ففى قضية اشترى شخص أرضا من مصلحة الاملاك ، وتعهد باقامة معامل صناعية عليها فى مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب =

الثمن كله أو بعضه (١) ، أو أن يتخلف عن دفع الفوائد وحدها كما اذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشترى .

= فادعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته فى عدم اقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب بمدة طويلة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فاذا ارتفع السبب الذى أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تقصير المشترى فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع على أن المشترى ، بعد أن التزم بسداد ما هو مطلوب للحكومة التى تلقى عنها البائع ملكية المبيع من أقساط الثمن ، لم يقم بدفع شىء ، وأن الحكومة نزعت ملكية أطيانه هو وفاء لمطلوبها وبيعت ورسا مزادها على المشترى ، فحكمت المحكمة بالفسخ على أساس اجراءات البيع الجبرى دون أن تعير التفاتا الى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى الفسخ لحصول اتفاق جديد بينهما وبين البائع وأنها رخصت للراسى عليه المزاد المتخلف بقبض ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت والزمت الحكومة بالمصاريف ، فانها تكون مخطئة ، لان الفسخ تأسيسا على اجراءات البيع الجبرى غير جائز مادام هذا السبب قد ارتفع ، وكان الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التقصير المدعى به على المشترى فيما التزم به فى العقد (نقض مدنى ٢١ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٣٣٠) .

وقد قضت محكمة النقض بان المشرع نص فى المادة ٣١ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات على أن للمدين الحق فى الامتناع عن الوفاء بما فى ذمته من ديون للتركة الى اصحابها حتى يقدموا شهادة من مصلحة الضرائب دالة على تسديد رسوم الايلولة المستحقة للخزانة أو على أن التركة غير مستحق عليها رسوم ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالزام الطاعن بان يؤدى للمطعون ضدهم الباقى من ثمن الاطيان المبيعة التى اشتراها من مورثتهم بمقولة أن للورثة استيفاء الدين المستحق للتركة من مدينها قبل تقديم الشهادة المشار اليها فانه يكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض لسنة ٢٤ رقم ٦١ ص ٣٥١ .

(١) واذا اشترط البائع حلول الاقساط الباقية اذا تأخر المشترى فى دفع قسط ، فان ذلك لا يمنعه عند تأخر المشترى فى الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٥) ، واذا اختار البائع المطالبة بالاقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه اذا استمر المشترى فى عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . واذا اشترط البائع على المشترى الا يبيع العين المشتراة ولا يرهنها الا بعد وفاء الثمن كاملا ، فهذا شرط فاسخ لا شرط واقف ، ويكون للمشترى أن يبيع أو يرهن ، ولكن تصرفه يكون معلقا على شرط فاسخ هو دفع الثمن كاملا . فاذا لم يدفع ، جاز =

فتخلف المشترى عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى يطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشترى عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو ايرادا دائما أو ايرادا مرتبا مدى الحياة . فمتى تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط الدخل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشترى عن دفع قسطين فى سنتين متواليين ، فان هذا الشرط ليس ضروريا لفسخ البيع ، وانما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدنى) (١) . كذلك متى تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط الايراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الايراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحه اذ تقول : « اذا لم يقم المدين (بالايراد) بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه مع التعويض ان كان له محل » (٢) . بل يكفى أن يتخلف المشترى عن رد مصروفات

= للبائع ان يفسخ البيع الاصلى فينسخ تبعا لذلك تصرف المشترى بالبيع أو بالرهن (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣١) .

(١) جيوار ٢ فقرة ٥٧٢ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٥٣٨ — عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٨٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٩٣ — جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص (م ١٩٧٨) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الايراد المرتب مدى الحياة (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ — جوسران ٦ فقرة ١١٤٢) . انظر ايضا المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٥٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الاتى : « ويجوز لصاحب الايراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم اداء التأمينات أو اعدامها او اظهار افلاس المدين بالايراد أن يتحصل فقط على بيع اموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لاداء المرتبات المتفق عليها » . فكان النص =

البيع — اذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشترى — الى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسـخ ، لأن مصروفات البيع ملحقة بالثمن ، وهى على كل حال التزام فى ذمة المشترى فى عقد بيع ملـزم للجانبين ، فمتى تخلف المشترى عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ويجوز طلب الفسخ فى كل بيع ، ويسـتوى فى ذلك بيع العقـار وبيع المنقول . واذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضا فى بيع المنقول . الا أنه يغلب فى بيع المنقول أحد أمرين : اما أن يكـون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) وسيأتى بيانها ، واما أن يمتنع الفسـخ حتى لو لم يدفع المشترى الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما اذا كان غزلا فنسج أوخشبا فصنع أثاثا أو بذرا فوضع فى الأرض(٣). ولكن يجوز فى هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لا فى دفع الثمن ولا فى تسليم المبيع ، ويتخلف المشـترى عن دفع الثمن

= يمنع الفسخ ، ولايجيز الا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد — المادة ٧٤٦ السـالفة الذكر — عدلت هذا النص ، ورجعت فيه الى مقتضى القواعـد العامة . والعبرة بتاريخ البيع ، فان كان قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، والا فالتقنين الجديد .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقـرة ١٦٢ — واذا كان المبيع ينتج ثمرات وتسلمه المشترى ، واودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهى مستحقة فى هذه الحالة بمجرد تسلم المبيع ، لـم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحا ، وجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠).

(٢) وهى حالة ما اذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسـليم المبيـع .

(٣) ولا يعتبر تغيرا لحالة المبيع يمتنع معه الفسخ أن يصبح المنقـول عقارا بالتخصيص ، اذا كان المنقول لايزال محتفظا بذاتيته المادية ، كماشية الحقت بارض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقى ونحوها تخصـص لخـدمة الارض ، وكالمرايا والتماثيل توضع فى منزل (بودرى وسـينيا فقرة ٥٣٥) .

فيستطيع البائع فى هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخا قضائيا ، ويكون للقاضى حق التقدير فيما اذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشترى مهلة لدفع الثمن (١) .

ويستوى كذلك فى الفسخ القضائى أن يكون البيع بيعا مدنيا أو بيعا تجاريا . غير أنه فى المبيع التجارى يدخل التقنين التجارى تعديلات على حق البائع فى الفسخ القضائى فى حالة افلاس المشترى ،فيمتنع هذا الحق اذا سلمت البضائع المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائنا بالثمن وهو أسوة الغرماء فيه (٢) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد حكما غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — اذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، اذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع فى حيازة المشترى ، على ان يكون الاسترداد فى مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليم المبيع ، وعلى ان يبقى المنقول حافظا لحالته التى تم عليها التسليم . ٢ — على انه لايجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر ، الا اذا اثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها . ٣ — ولايجوز الاخلال فيما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد » . فكان هذا النص يجعل بيع المنقول غير المؤجل — اى الذى لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع — مفسوخا من تلقاء نفسه دون اتفاق فى العقد على ذلك ، اذا لم يستوف الثمن ولهذا أن يسترد المبيع من تحت يد المشترى اذا كان قد سلمه له ، وذلك فى مدة خمسة عشر يوما من وقت التسليم ، بشرط ان يكون المبيع لا يزال فى حيازة المشترى ولا يزال حافظا لحالته التى كان عليها وقت التسليم ، ودون اخلال بامتياز المؤجر وبالقوانين والعادات التجارية (انظر فى هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعا من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٤٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه المادة « لانها تتناول تفصيلات يحسن ان تترك للقواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ — ١٥٢ فى الهامش) . وبمقتضى تطبيق القواعد العامة أن يكون الفسخ قضائيا ، ومن ثم يترك للقاضى سلطة التقدير فيما اذا كان يقضى بالفسخ او يعطى مهلة للمشترى لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك، شأن المنقول فى ذلك شأن العقار .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٣ تجارى على أنه « يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس المباعة اليه مادامت لم تسلم الى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته ، اذا كان المفلس المذكور لم يدفع ثمنها =

ويستوى أخيرا فى الفسخ القضائى أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعا قضائيا بالمزاد العلنى جبريا كان أو اختياريا (١) . واذا كان قانون المرافعات قد نظم اجراءات خاصة ، فى حالة البيع القضائى بالمزاد لاعادة البيع على من رسا عليه المزاد وتخلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذى يقصد به اعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلوك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع واعادة المبيع الى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة فى ذلك ، كما اذا كان قاصرا وبيع عقاره بالمزاد فلم يصل الى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله الى ثمن مناسب اذا أعيد على من رسا عليه المزاد فيفسخ البيع بدلا من اعادته ويرد المبيع للقاصر ، وكما اذا كان صاحب المبيع مدينا ينفذ عليه دائنوه فانصلحت حالـه وأصبح قادرا على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة فى فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من اعادة البيع (٢) .

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائنوه باستعمالهم حق مدينهم فى طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن اذا حول البائع الثمن الى شخص آخر (٣) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محلهفيه

= كله ولو تحررت به منه ورقة تجارية أو دخل فى الحساب الجارى بينه وبين البائع له » . ونصت المادة ٣٨٤ تجارى على ما يأتى : « ومع ذلك لايقبل طلب رد البضائع اذا كان المفلس باعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون تدليس بناء على قائمتها الدالة على ملكيته لهاوتذكرة ارساليتها أو بناء على القائمة المذكورة وتذكرة النقل بشرط أن يكون موضوعا على كل منهما امضاء المرسل » . ونصت المادة ٣٨٧ تجارى على انه « اذا كانت البضائع المباعة للمفلس لم تسلم اليه ولم ترسل له ولا لانسان آخر على ذمته ، يجوز لبائعها الامتناع عن تسليمها » . انظر ايضا المواد ٣٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٨ و ٣٨٩ تجارى .

(١) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٩٣ ص ١٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ — الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ — ولا يجوز للبائع الذى حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ الا بموافقة المحال له (نفس الحكم السابق) .

عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشترى ، وخلفه العام كالوارث . واذا باع المشترى الذى لم يوف الثمن المبيع الى مشتر ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر الى المشترى الثانى ، فان فسخ البيع يحتج به على المشترى الثانى ، واذا تعدد البائع أو تعدد المشترى ، كان طلب الفسخ قابلا للانقسام أو قابل له بحسب ما اذا كان المبيع قابلا لذلك أو غير قابل (١) .

ويجب حتى يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعدا للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشترى اذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعدا لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (٢) . فاذا كان المبيع

---

(١) استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٩ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٥٤٢ — فقرة ٥٤٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١ وفقرة ١٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ انه فى حالة ما اذا كان المبيع قابلا للتجزئة ، وتجزأت دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعددين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الاخرين ، جاز للمشترى ان يطلب انضمام من لم يطلب الفسخ الى من طلب حتى لا تتجزأ عليه الصفقة ، ولايجوز أن يفسخ البعض فى كل المبيع (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ — جوسران ٢ فقرة ١١٤٣ — ولكن قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٩٣) .

واذا مات المشترى عن ورثة متعددين ، جاز للبائع ان يطلب الفسخ فى نصيب احدهم ، ولايحتج هذا بتفرق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٤٢ — الاستاذ انور سلطان فقرة ٣٠٣ ص ٣٥٣) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ — فلا يحتج البائع ، وهو لم يسلم المبيع فى ميعاد التسليم ، بأن المشترى لم يدفع الثمن فلا داعى الى التسليم فمادام هو نفسه قد تأخر فى التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع اولا للمشترى ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الواقع الذى اثبتته محكمة الموضوع ان البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى ، فان قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن لاتكون فيه مخالفة للقانون =

قد هلك فاستحال تسليمه ، فان البيع ينفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة الى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعة الهلاك كما سبق القول (١) . واذا كان البائع قد قبض جزءا من الثمن وطلب الفسخ

= (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) .
أما اذا طلب البائع الفسخ ، وفي اثناء نظر الدعوى باع جزءا من المبيع لانه يئس من دفع المشترى للثمن ، لم يجز للمشترى ان يحتج عليه بانه خالف عقد البيع ، لان البائع لم يلجا الى هذا العمل الا بعد ياسه من قيام المشترى بدفع الثمن (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

وقد قضت محكمة النقض بانه لايكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الاجنبى وانما يشترط ايضا أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد المتفق على المبادرة الى تنفيذه من يوم تحريره ، فاذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له ان يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام : نقض مدنى في ٨ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٩٢ ص ٥٧١ .

كما قضت محكمة النقض بان نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى يدل على ان الفسخ قرر جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى القضاء بفسخ عقد البيع دون ان يبين ما اذا كان البائعان المقضى ضدهما بالفسخ قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد اخلالا يستوجب الفسخ ، فانه يكون معيبا بالقصور في التسبيب : نقض مدنى في ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٣ ص ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض أيضا بانه متى كان الثابت ان الطاعن المشترى تمسك بانه لايحق للمطعون ضدهم البائعين طلب فسخ العقد طالما انهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الارض وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه ازاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يوفى البائعون التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بان العقد قد خلا من ترتيب اى التزام على عاتق المطعون ضدهم البائعين من حيث تسليم الارض المبيعة وتمكين المشترى الطاعن من وضع يده عليها ، فان ذلك من الحكم خطأ في القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص علية في العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك : نقض مدنى في ٢٨ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٤ ص ٨٤٠ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن استيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة يترتب عليه انفساخ عقد البيع حتما ومن تلقاء نفسه طبقا المادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة نقل الملكية الى المشترين ، =

لعدم استيفاء الباقى ، وجب أن يكون مستعدا لرد ماقبضه من الثمن الى المشترى (١) .

٤٠٩ — **كيف يكون فسخ البيع** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى تقضى بوجوب أن يعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن قبل

= ويترتب على هذا الانفساخ مايترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيرد المشترى المبيع وثماره اذا كان قد تسلمه ، ويرد البائع الثمن الذى قبضه وفوائده : نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٥ ص ١٢٦٦ .

كما قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت ان التزام الطاعن وهو البائع بنقل ملكية السيارة المبيعة قد صار مستحيلا بسبب تاميم شركة الطاعن تنفيذا للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣ ، فانه يكون قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع الى سبب اجنبى ، ووقوع الاستحالة لهذا السبب الاجنبى لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذى قبضه ، بل ان هذا الثمن واجب رده فى جميع الاحوال التى ينفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١ .

(١) ويجوز أن يشترط المشترى فى عقد البيع الا يكون للبائع حق الفسخ وليس له الا حق التنفيذ . على ان تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحا وأن يفسر تفسيرا ضيقا شأن كل تنازل عن الحق . فاذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشترى للقسط الاول من الثمن ، لم يجز ان يستخلص من هذا انه قد نزل عن حقه فى الفسخ عند تأخر المشترى فى دفع الاقساط الباقية . وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان عقد البيع مذكورا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الاول يجعل البيع لاغيا ، ورأت محكمة الموضوع ان هذا الشرط ليس معناه أن القسط الاول اذا دفع ولم تدفع الاقساط الباقية يكون البائع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل ان هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير اى اشتراط فى العقد بخصوصه ، فان تفسيرها هذا للشرط لا يصح الطعن عليه بانه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين ، لانه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانونا . ولكن كان يصح هذا الطعن لو ان العقد كان مذكورا فيه بصفة صريحة ان البائع لا يكون له حق طلب الفسخ اذا تأخر دفع ما بعد القسط الاول بل يكون له فقط حق تقاضى المتأخر مضمونا بما له من امتياز على العقار المبيع (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠) .

أن يرفع دعوى الفسخ (١) . واذا لم يعذر البائع المشترى قبل رفع الدعوى ، فان رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذارا (٢) ، ولكن الاعذار السابق على رفع الدعوى تظهر أهميته العملية فى أنه يجعل القاضى أسرع استجابة الى طلب الفسخ (٣) ، والى الحكم بمصروفات الدعوى على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى تنص على أنه فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد ولا يشترط لاعمال حكم المادة ان يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه . وأستطردت المحكمة قائلة أن النص فى عقد البيع على حق المشترى فى التنازل للغير وحصول هذا التنازل بالفعل لا يحرم البائع من استعمال حقه فى طلب فسخ ذلك العقد عند قيام موجبه ، ولا يلزمه توجيه الاعذار الا الى المشترى منه اما المتنازل اليه فليس طرفا فى العقد المطلوب فسخه ومن ثم فلا ضرورة لاعذاره (نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بان ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، هو من النصوص المكملة لارادة المتعاقدين . ولهذا فان هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق او الحد من نطاقه الا باتفاق صريح : نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٥٢ ص ٣٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بان أعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى هذا الاعذار ان يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد اعذارا اعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته الا اذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٧٥ ص ٣٨٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فى قضائها بفسخ عقد البيع الى أن البائع قد التزم فى ذات العقد بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من الحقوق العينية والقيود واعتبرت هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية فى مقصود المتعاقدين وقت التعاقد وأن عدم وفاء البائع به رغم اعذاره يسوغ العقد طبقا للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى ، فان محكمة الموضوع تكون قد مارست سلطتها الموضوعية فى تفسير العقد بما لايخرج عن مدلوله الظاهر وفى أعتبار الالتزام المنصوص عليه فى العقد =

المشترى ، والى الحكم عليه أيضا بتعويض فوق الحكم بالفسخ (١) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لابد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ . وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائى والفسخ الاتفاقى . ففى الفسخ القضائى يكون الحكم منشئا للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ القضائى من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف فى البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فاذا رفع الوصى دعوى بالفسخ بدون اذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما فى الفسخ الاتفاقى فان الحكم يكون مقررا للفسخ لا منشئا له ، وتعتبر

= سالف الذكر التزاما جوهريا — وهو التزام غير التزام البائع بضمان الاستحقاق — كما انها حين رتبت على الاخلال بهذا الالتزام وامتناع البائع عن الوفاء به بعد اعذاره فسخ العقد لا تكون قد خالفت القانون : نقض مدنى فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٦١ ص ٤٤٣ .

(١) ولا يكفى لترتب الاثر القانونى للاعذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى اخرى أن البائع أنذره ، مادام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحا ، بل يجب تقديم الانذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين ان كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع الى تاريخه وما تضمنه لانه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقضت محكمة النقض بانه وان كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا ، الا ان محل ذلك الا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه . فاذا كان المشترى قد عرض ثمنا اقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى ، فلا يكون هناك حاجة — لكى يصح الحكم بالفسخ — الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١ — ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

واذا أعذر البائع المشترى وحدد له فى الاعذار مدة لدفع الثمن ، فان هذه المدة لا تسلب الاعذار اثره القانونى (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . والاعذار واجب حتى لو جعل البيع موقوفا على شرط دفع الثمن (استئناف مختلط ١٣ ابريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) . ورفع الدعوى يعتبر اعذارا كما تقدم ، وهو لا يسلب القاضى حقه فى اعطاء المشترى مهلة لدفع الثمن (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٥) .

المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من أعمال الادارة يستطيع الوصى أن يقوم بها دون اذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائى أن الحكم بفسخ البيع ليس محتما على القاضى . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدنى تقول : « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى ، كما رأينا ، تقضى بأنه يتعين على القاضى الحكم بالفسخ اذا كان البائع مهددا أن يضيع عليه المبيع والثمن ، فاذا لم يكن مهددا بذلك جاز للقاضى أن ينظر المشترى الى أجل تقدر مدته تبعا للظروف (١) ، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فاذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائى اذن لا يكون محتما على القاضى كما قدمنا، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادتين ١٥٧/١ و ٣٤٦/٢ من القانون المدنى هو من الرخص التى أطلق عليها الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه : نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢ .

وقضت محكمة النقض بأن منح المشترى مهلة للوفاء بثمن المبيع اتقاء الفسخ ، أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية لانه من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه : نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٥٢ ص ٣٢٥ .

كما قضت محكمة النقض بأن تأجيل دفع الثمن لا يترتب عليه بطلان عقد البيع بل يظل المشترى ملتزما بأدائه فى الميعاد وبالكيفية المتفق عليها بين الطرفين باعتبار أن عقد البيع استوفى ركن الثمن : نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٢٤٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان المطعون عليه قد رفع =

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ ان يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب الى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له اذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ الى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ فى طلب واحد واذا كان قد نزل عن أحد الطلبين فلا يستطيع الرجوع اليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهما لا يعتبر كما رأينا نزولا منه عن الطلب الآخر (٣) .

= دعواه طالبا فسخ عقدالبيع المبرم بينه وبينالطاعنين وطلب هؤلاء الاخيرون فسخ هذا العقد ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بالفسخ تأسيسا على تلاقى ارادة المشترى والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه ، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشترى بنى طلب الفسخ على سبب مغاير للسبب الذى بناه الآخر اذ أن محل مناقشة ذلك وأعمال آثاره عند الفصل فى طلب التعويض : نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٣ ص ١٢٥٤ .

(١) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ . ولكن اذا قضى بالتنفيذ ابتدائيا ، لم يجز للبائع فى الاستئناف العدول عن التنفيذ الى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٥) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطيا مع استبقائه طلب التنفيذ طلبا أصليا فى الاستئناف (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦) . كذلك اذا رفعت دعوى الفسخ ، فقبل المشترى الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع ان يعدل عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) . والذى له الحق فى قبول الفسخ هو المشترى ، وليس المشترى من المشترى فهذا يبقى مصير شرائه معلقا على فسخ البيع الاول او بقائه (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت المحكمة قد قررت ان للمشترى عند تأخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى او طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم ان يعدل عنه الى طلب الفسخ وليس فى رفع الدعوى باى من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر ، فان هذا الذى قررته المحكمة هو صحيح فى القانون : نقض مدنى فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ٢٥٠ ص ٨٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى فسخ العقد لسبب من أسباب الفسخ تقتصر فيها وظيفة المحكمة على بحث هذا السبب وحده ، وقضاؤها برفض الدعوى لا يتعدى ذلك الى القضاء ضمنا بصحة العقد وبالتالى لا يمنع من التمسك بسبب آخر من أسباب الفسخ سواء فى صورة دفع أو يرفع دعوى فسخ جديدة ، اذ لا يحوز الحكم النهائى برفض الفسخ قوة الامر =

وللمدين هو أيضا ، قبل الحكم النهائى بالفسخ (١) ، أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ • وانما يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعويض اذا كان له مقتض (٢) ، وبخاصة اذا كان البائع قد أعذره قبل رفع الدعوى (٣) •

= المقضى الا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم : نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٣ ص ٣٦٦ .

(١) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائى (استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٦٩) ، ولو بعد رفع التماس قبلت المحكمة النظر فيه لان قبول الالتماس يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول فيه الالتماس (استئناف وطنى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . وللمشترى الحق فى تنفيذ العقد مادام الفسخ لم يصدر به حكم ، فاذا كان المشترى قد أبدى استعداده لذلك بالجلسة الابتدائية وعرض القسط المستحق من الثمن على البائع عرضا حقيقيا فلا يكون ثمة موجب يقتضى فسخ العقد (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بان الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى — وعلى ما جرى به هذه المحكمة — يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى ، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن ، فانه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة اول درجة ، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى (نقض مدنى فى ٢ يونية سنة ١٩٨١ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ قضائية ، لم ينشر بعد) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخير فى تنفيذه وجود خطأ من المدين ، ولا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا فى العقد ، لان هذا التقدير ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وانما ينشأ الحق فى التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخير فى تنفيذه ، واذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض دعوى فسخ عقد البيع المرفوعة من البائعة على المشترين استنادا الى انهما قاما بدفع باقى الثمن فى الوقت المناسب ، مما مؤداه انتفاء الخطأ فى حقهما ، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم برفض طلب التعويض ، ولو كان مقدرا فى العقد ، فان النعى على الحكم يكون على غير أساس : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٧٥ ص ٣٨٥ .

(٣) ويجوز لدائنى المدين ولمن كسب من المشترى حقا عينيا على المبيع =

والقاضى أخيرا سلطة تقديرية فى اجابة البائع الى طلب الفسخ كما سبق القول • فقد يقضى بالفسخ اذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وبوجه خاص اذا رأى البائع مهددا ان يضيع عليه المبيع والثمن ، كما اذا كان المبيع دارا تسلمها المشترى وأخذ فى هدمها ، أو كان المبيع منقولا وخشى أن يبيعه المشترى لمشتر ثان حسن النية فيمتلكه بالحيازة • وقد يرى القاضى ألا مبرر لفسخ البيع ، لا سيما اذا كان المشترى قد دفع أكثر الثمن ولم يبق الا القليل ، أو كان المشترى فى ظروف سيئة منعته من دفع الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعا فيفى بالتزامه (١)• ففى مثل هذه الأحوال يرفض القاضى طلب الفسخ ، ويمنح المشترى مهلة لدفع الثمن أو الباقى منه (٢) • وهذه المهلة يقدر القاضى مدتها

= ان يستعملوا حق المشترى فيدفعوا الثمن ليتوقوا فسخ البيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٠) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المطعون ضده وقت أن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع لم يكن قد أوفى بباقى الثمن ، وما كان يجوز له الزام الطاعنات بنقل ملكية المبيع وهو لم يوف الجزء الاكبر المتبقى من الثمن ، فانه اذا أوفى بباقى الثمن اثناء نظر الدعوى ورأت المحكمة الاستجابة الى طلبه وقضت بصحة ونفاذ عقد البيع فانه يتعين عليها أن تلزم المشترى بالمصروفات عملا بالمادة ١٨٥ من قانون المرافعات لانه وأن كان محكوما له فى الدعوى الا انه كان قد رفعها على أساس غير سليم لعدم وفائه بباقى الثمن قبل رفعها فتسبب فى انفاق مصاريف لا فائدة منها : نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٩٨ ص ٢٠٤٠ •

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغى فى حالة الفسخ القضائى التفرقة بين ما اذا كان اخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده الى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلى أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبعى ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدى الى فسخ العقد (مصر الكلية ٢٦ يونية سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان النص فى العقد على انه اذا لم يدفع باقى الثمن فى الميعاد المبين فيه يعتبر البيع لاغيا ، فان هذا لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولا يترتب على تحققه انفساخها بقوة القانون ، وانما هو جوازى للمحكمة الا تقضى به اذا رأت عدم توافر موجبه (نقض مدنى فى ٢٢ يناير سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٧ قضائية ، لم ينشر بعد) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن ميعادا للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ اعمالا للمادة ٣٣٣ مدنى (سابق) من =

بحسب الظروف ، وهى نظرة الميسرة (délai de grâce) المنصوص عليها فى المادة ٣٤٦/٢ مدنى على الوجه الآتى : « على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » • وقد كانت المادة ٦١٠ من من المشروع المتمهيدى التى حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : ١ — أن المشترى يدفع ، فى المهلة التى أنظر اليها ، الفوائد أمرين :

١ — أن المشترى يدفع ، فى المهلة التى أنظر اليها ، الفوائد القانونية اذا كان لم يتفق على فوائد أخرى • وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، أما اذا لم يكن متفقا على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى الا تطبيقا للقواعد العامة ، فاذا طلب البائع فى صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطى فى حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها •

٢ — اذا أمهل المشترى مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز امهاله مدة أخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع • وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا الا تطبيق المادة ١٥٧/٢ مدنى فيما يتعلق بدعوى الفسخ

= الرخص التى اطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى الاخذ باحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو فى ظروف كل دعوى بغير معقب عليه . فلا يقبل النعى على الحكم بقصور اسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ — وانظر ايضا ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣) . وفى بيع سيارة تأخرت البائعة عن نقل رخصة السيارة الى المشترى ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لان نقل الرخصة ليس بالتزام جوهرى (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وفى قضية اجلت المحكمة النظر فى القضية بقرار واعتبرت ان هذه مهلة للمشترى ، ولما لم يدفع حتى انقضى ميعاد التأجيل قضت بالفسخ ، فاقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠) . وانظر ايضا فى ان الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة =

وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضى المشترى أجلا اذا اقتضته الظروف ذلك (١) ، وتطبيق المادة ٣٤٦/٢ مدنى وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضى المشترى أجلا معقولا أو آجالا ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن • ومن ثم وجب القول انه اذا أعطى القاضى أجلا للمشترى فى دعوى الفسخ ، وجب على المشترى دفع الثمن فى غضون هذا الأجل ، وليس للقاضى أن يمنح المشترى أجلا آخر ويعتبر البيع مفسوخا بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يفى المشترى بالثمن (١) • وهذا بخلاف الأجل

= الموضوع ان تبين الاعتبارات التى دعتها للقضاء بالفسخ مع ان المشترى عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ — ٤ ابريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو من الرخص التى اطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فانه لا يقبل النعى على الحكم لقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى رفض منح الطاعن اجلا للوفاء بما هو متأخر فى ذمته من الثمن : نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٠٢ ص ١٢٩٦ •

كما قضت محكمة النقض بأن اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن اجلا للوفاء به طبقا للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — من الرخص التى اطلق فيها الشارع لقاضى الموضوع الخيار فى ان يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظرة الميسرة أو برفض هذا الطلب ، مما لا يقبل معه النعى على الحكم المطعون فيه اقراره للمبررات التى أوردها الحكم المستأنف وعول عليها فى قضائه بالمهلة (نقض مدنى فى ٢ يونية سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ قضائية ، لم ينشر بعد) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فانه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين اجلا للوفاء بالالتزام ، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ ، الا ان انقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما بنص فى القانون • ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى ، كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى الذى كان يوجب الفسخ دون انذار المشترى الى اجل آخر اذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الاجل وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدنى قديم ، تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين ، =

الذى يمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ ، فانه يجوز أن يتكرر طبقا للمادة ٢/٣٤٦ مدنى ، كما يجوز اعطاء أجل آخر فى دعو الفسخ اذا كان الأجل الأول أعطى فى دعوى التنفيذ (١) .

=. والمستفاد من هذه القواعد ان الاجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الاولى فى طلب الفسخ ، ولا ينطوى منح الاجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى يوجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وانما يبقى العقد قائما . والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الاجل حتى صدور الحكم النهائى ، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ولا يتعين عليه ان يحكم بالفسخ ، ويجوز أن يحكم برفضه اذا هو تبين أن الوفاء المتاخر مما لا يضار به الدائن (نقض مدنى فى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الفسخ اذا لم يشترط بنص فى العقد ، فانه يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم بالفسخ او يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامه، وأن كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعا منجواز الحكم بالفسخ ، فأن انقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما ، اذ لا ينطوى منح الاجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وانما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية فيظل العقد قائما ويكون الوفاء بالالتزام لايزال ممكنا بعد انقضاء الاجل حتى صدور الحكم النهائى ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التاخير فى الوفاء ليقضى بالفسخ أو برفضه (نقض مدنى فى ٢ يونية سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ قضائية لم ينشر بعد) .

(١) الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٤٧٥ ص ٩٧٣ وهامش رقم ١ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق ، الامر الذى اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على انه يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حاله ما اذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك ، الا أنه فى حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ مدنى لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الاطيان المبيعة تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى ومنازعة البائع فى حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها لا يقضى برد الثمن الا كاثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدنى . واذا كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تتقادم الا بخمس عشرة سنة ، فانه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فانه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها =

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقادم بها ، فتتقادم اذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الاعذار (١) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضا بالنزول عنها صراحة أو ضمنا كما اذا وافق البائع على تصرف المشترى في المبيع ، وبتغير ذاتية المبيع كما اذا كان غزلا فنسج (٢) .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة اذا كان المبيع لايزال في يد المشترى، فان كان عقارا أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار . وهى دعوى

= رد الثمن اذ لا يكون هذا الثمن مستحق الاداء وممكنا المطالبة به الا بعدتقرير الفسخ : نقض مدني في ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٣ ص ٣٤٥ .

وقد قضت محكمة النقض ايضا بان دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدنى ، ولا تتقادم الا بخمس عشرة سنة وطالما يكون للدائن المشترى أن يرفع هذه الدعوى، فانه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن ، اذ لا يكون هذا مستحق الاداء وممكنا المطالبة به الا بعد تقرير الفسخ : نقض مدنى في ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١ .

(١) الوسيط جزء اول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٤٧٦ ــ استئناف وطنى ١٧ يونية ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٠٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كان للبائع ان يطلب فسخ عقد البيع اذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقى الثمن عملا بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى ، الا انه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ اذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا ، واذا كان يبين مما اورده الحكم المطعون فيه ــ برفض دعوى البائع بطلب الفسخ ــ أنه قد استخلص لاسباب سائغة أن الطاعن البائع تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد ان نفذ على الزراعة القائمة بها ، فان مجادلة الطاعن في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضى الموضوع : نقض مدنى في ٢٥ مايو سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٠٤ ص ١٠٧٢ .

(٢) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار الى التعويض المدفوع لنزع الملكية) ، وبنزع ملكية العقار بواسطة دائنى المشترى اذا لم يدون البائع مايفيد رفع دعوى الفسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الاقل (م ٦٥٠ مرافعات سابق) ، وبتسليم البضاعة الى مخازن المشترى المفلس (م ٣٨٣ تجارى) ، وبعدم قيد البائع لامتيازه حتى يوم صدور الحكم بافلاس المشترى (م ٢٣١ تجارى) أو سقوط =

شخصية محضة اذا خرج المبيع من يد المشترى ، فيجب رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام محكمة موطن المشترى (١) .

٤١٠ — **الآثار التى تترتب على فسخ البيع** : يترتب على فسخ البيع على النحو الذى قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخا قضائيا أو فسخا اتفاقيا أو انفساخا بحكم القانون (٢) .

= حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ (الاستاذان احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٥٨ — فقرة ٤٦٥ — الاستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٩) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشترى بدفع الثمن هى دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . واذا حل المشترى من المشترى محل المشترى فى التزاماته نحو البائع ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ على المشترى من المشترى فى موطنه دون حاجة الى ادخال المشترى الاصلى فى الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدنى تنص على أنه اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة الى الغير بأثر رجعى ، فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة الى البائع ولاتنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها كما يكون للمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة اذا امتنع هذا البائع عن رده اليه وذلك كاثر من آثار فسخ العقد : نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨ .

كما قضت محكمة النقض بانه وان كان يترتب على انفساخ عقد البيع ان يعاد العاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره اذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، الا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الاقل منهما : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٣ ص ٣٤٥ .

وقضت محكمة النقض أيضا بانه متى كان البائع قد اخل بالتزامه بتسليم البضاعة المبيعة وقضى تبعا لذلك بفسخ عقد البيع ، فلا محل لمطالبة البائع بالابقاء على مقدم الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما يقضى به =

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد • واذا كـان هذا مفهومـا فى الفسخ الاتفاقى والفسخ القانونى حيث يقتصر الحكم على تقـرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشىء الفسخ ، فانه أيضا مفهوم فى الفســخ القضائى ولو أن الحكم منشىء لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئا للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشىء وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) • وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة الى الغير •

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيـع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شىء الى ما كان عليه قبل البيع • فـاذا كان المشترى قد تسلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) • واذا كان البائع قد قبض جزءا من الثمن أو أقساطا من الايراد المرتب مدى الحيـاة ، رد

= المادة ١٦٠ من القانون المدنى من أن الفسخ يعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليهـا قبل العقد فيرد كل منهما ماتسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه ، كمـا لا يجوز للبائع المطالبة بتكاليف اعداد البضـاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها : نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام السنة ٢٥ رقم ٢٢٥ ص ١٣١٥ •

وقضت محكمة النقض أيضا بانه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان عقد البيـع ينفسخ حتما ومن تلقـاء نفسـه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب اجنبى ، ويترتب عـلى الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعة الاســتحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين : نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١ •

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٧ •

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار • وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيسا على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه اليه من الثمن ، لكن ذلك لايرتب عليه الحق فى تملك المشترى ثمـار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار بالحيازة فان المشترى يعلم ان العين ليست له وانمـا هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤) •

ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسترد المبيع وثمراته (١) ، كما يجوز للمشترى أن يحبس المبيع وثمراته حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن (٢) ، وذلك كله طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس (٣) • واذا بنى المشترى أو غرس فى العين المبيعــة ، اعتبر بانيا أو غارســا بســوء نية ، لأن الفسخ ترتب

---

(١) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ •

وقد قضت محكمة النقض بان التزام المشترى برد الارض المبيعــة بعد فسخ عقد البيع انما يقابل التزام البائع برد ماقبضه من الثمن ، امــا التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ماقبضه من الثمن ومن ثم فان من حق المشترى ان يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن : نقض مدنى فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقـــم ١٨٥ ص ١٢٣٤ •

كما قضت محكمة النقض بان الصحيح فى القانون — وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض — هو ان التزام المشترى برد العقار المبيع بعــد فسخ البيع انما يقابل التزام البائع برد ما قبضـه من الثمن ، وان التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضــه من الثمن ؛ بما مؤداه ان من حق المشترى ان يحبس مايستحقه البائع فى ذمته من الثمن، حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سـنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١١٣ ص ٧٢١ •

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ •

(٣) ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص عـام فى الحبس ، ولـكن القضاء كان يعطى المشترى حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن اذا لم يكن قد ارتكب غشا • وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد فى القانون نص عن جواز حبس العين المبيعة تحت يد المشترى اذا فسخ البيع الى ان يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وانما جاء النص بالمادة ٢٧٩من القانون المدنى عن حق البائع فى حبس المبيع تحت يده لحين استيلائه نورا على المستحق من الثمن • على أنه اذا جاز القياس على هذا النص وعلى نصــوص أخرى فى القانون من اعتبار اى دائن ذا حق فى حبس العين الناتج عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هـــذا الحق للمشترى الذى فسخ البيع الصادر اليه حتى يستوفى ما دفعه ، الا انه يشترط فى هذه الحالة وجوب توفر ركنين أساسيين : الاول أن يكون الدائن حائزا فعلا الشىء الذى يطلب حبسه وان تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشىء المراد حبسه ، اى أن يكون منشأ الدين وســببه العين التى للمدين تحت يد الدائن • والثانى أن يكون سبب تلك الحيازة وأساسها سلامة النية ، وعليه فاذا كان فسخ البيع ناتجا عن أن الشراء قد حصـل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشترى للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية • =

بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة فى البناء أو الغراس فى أرض الغير (١) . وكـذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية ، تطبق فيها القواعد المقررة فى هذا الشأن مع اعتبار المشترى سيىء النية . واذا هلك المبيع فى يد المشترى قبل أن يرده ، فان كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وان كان الهلاك بسبب أجنبى فللبائع اذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ فتكون تبعة هلاك المبيع على المشترى . أما اذا كان قد

= وعليه فاذا كان فسخ البيع ناتجا عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشترى للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية وانتفى حق الحبس (استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٣٣ ص ١٣٢) . انظر ايضا استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠ .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — بودرى وسينيا فقرة ٥٥٩ ص ٥٩٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٦ .

وقد قضت محكمة النقض بان نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل على أن فسخ العقد اتفاقا أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال الى ما كانت عليه قبل العقد ، واذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشترى المبيع الى البائع ورد البائع الثمن الى المشترى . فاذا كان المشترى قد اقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته ، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه « اذا اقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الارض كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت مقابه دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ٢ ويجوز لمن اقام المنشآت أن يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالارض ضررا .. » ٢ ولاتتصور أعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تقيد حق صاحب الارض فى طلب ازالة البناء بان يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه باقامة البناء ، ذلك أنه طالما ان العقد مازال قائما لم يفسخ فلا يتصور الزام البائع بذلك القيد الزمنى عند طلبه الازالة لان ذلك لن يكون الا بعد انحلال العقد ، ومن ثم فان ذلك القيد الزمنى فى طلب الازالة لايسرى فى حق البائع الا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد اذا كان البائع عالما باقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه باقامتها اذا كان العلم بعد الفسخ ٢ وفى جميع الاحوال فان حق البائع فى طلب الازالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم : نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٣١١ ص ١٨٢١ .

صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبى فى يد المشترى، لم يكن المشترى مسئولا عن هلاك المبيع الا بقدر ما عاد عليه من منفعته، كما اذا كان المبيع قد تلف فيرده المشترى فى الصورة التى آل اليها (١). واذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيىء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى ، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، الا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده الى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدنى) (٢) . وللبائع اذا أجيب الى فسخ البيع أن يطالب المشترى — فوق رد المبيع — بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن القيام بالتزامه، كأن تكون صفقة قد فاتت عليه بسبب البيع الذى فسخ ، ويبنى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض (٣) .

---

(١) الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الاول فقرة ٤٧٨ ص ٩٧٧ .

(٢) الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الاول ص ٩٧٩ هامش رقم ١ .

(٣) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .

وقد قضت محكمة النقض بان الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الاصلى ، اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن ، تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدنى فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٣ ص ٤٠١ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان المطعون فيه اخذ بما انتهى اليه الخبير فى تقريره بعدم استحقاق المشترى لاى تعويض عن فسخ عقد البيع بناء على طلبه لتقصير البائعين فى تنفيذ التزاماتهم ، استنادا الى انه حسب المشترى احتساب فوائد له بواقع ٤٪ على ما دفعه من ثمن ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون ذلك ان هذه الفوائد هى مقابل ثمرات العين المبيعة التى الزم المشترى بردها ولا تحول دون تعويضه عما يكون قد أصابه من اضرار نتيجة فسخ العقد بتقصير من البائعين ، هذا فضلا عن أن مهمة الخبير يجب ان تقتصر على تحقيق الواقع فى الدعوى وابداء الراى فى المسائل الفنية التى يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه دون المسائل =

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى بالنسبة الى الغير أنه اذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشترى ، فان هذا الحق يزول هو أيضا بأثر رجعى تبعا لزوال حق المشترى . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففى المنقول تعترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع الى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فاذا كان المبيع منقولا ، وباعه المشترى الى مشتر ثان وسلمه أياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشترى الثانى اذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشترى بالتعويض . أما اذا كان المشترى الثانى لم يتسلم المبيع أو كان سيء النية يعرف سبب الفسخ ، فانه لايتملك المبيع بالحيازة ، بل يرده الى البائع ويرجع على المشترى بالضمان . واذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشترى فى عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع الا مثقلا بهذا الامتياز . أما اذا كان المبيع عقارا ، فان فسخ البيع لايضر بالحقوق التى كسبها الغير على هذا العقار الا اذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذى أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى) . فاذا باع المشترى العقار لمشتر ثان ، وسجل هذا المشترى الثانى البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بفسخ البيع لايكون له أثر فى حق المشترى الثانى اذا كان حسن النية . واذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثانى ، كان لفسخ البيع الأول أثر فى حق المشترى الثانى ولو كان حسن النية ،

= القانونية التى يتعين على الحكم ان يقول كلمته فيها (نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠٩ ص ١٦٥٣) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشرط الجزائى — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — التزام تابع للالتزام الاصلى اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولايعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن (نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص ١٠٢٠) .

واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده (١) . كذلك اذا رتب المشترى على العقار رهنا ، وكان الدائن المرتهن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن ، فان الرهن فى هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد فى هذه المسألة الاخيرة نص خاص ، اذ قضت المادة ١٠٣٤مدنى بأنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، فيفرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن الدائن المرتهن سيئ النية اذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على انه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبه الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا او صحة او نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ او الالغاء او الرجوع فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » وفى المادة ١٧ من هذا القانون على انه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة او التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى او التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » . يدل على ان المشرع خرج على الاثر الرجعى للفسخ لمصلحة الغير حسن النية الذى تلقى حقا عينيا على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ او التأشير بمضمونها على هامش المحرر المسجل ، فقرر ان الحكم الذى يصدر بفسخ العقد لايكون حجة على هذا الغير ومن ثم يظل حقه قائما ويسرى فى مواجهة المدعى المحكوم له بالفسخ . اما اذا كان الغير سيء النية فان حقه طبقا لنص هاتين المادتين يزول بالحكم بالفسخ ولو كان قد شهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى وقبل التأشير بها : نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٣٦ ص ١٣٣ .

(٢) انظر الوسيط جزء اول الطبعة الثالثة ، المجلد الاول فقرة ٤٧٩ ص ٩٨١ — ويعتبر الايجار الصادر من المشترى لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من اعمال الادارة ، فيبقى قائما بالرغم من فسخ البيع (انظر م ٥٥٩ و م ٢/٧٠١ مدنى حيث يعتبر الايجار لثلاث سنوات من اعمال الادارة رغم تحقق الشرط الفاسخ — وانظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٠ — وقارن =

ب — الفسخ الاتفاقى

٤١١ — **اتفاق المتبايعين على الفسخ** : رأينا أن المادة ١٥٨ مدنى تقضى بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفى من الاعذار الا اذا أتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة فى خصوص البيع ، فكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه « فى بيع العقار ، اذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، كان للمشترى مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر ، الا اذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون اعذار ، وفى كل حال لايجوز للقاضى أن يمنح المشترى أى أجل» (١) .وحذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لانها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

= الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٥٧) .

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١٦/٣٣٤ وهى تنص على انه « اذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة ان تعطى ميعاداً للمشترى ، بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبية عليه بذلك تنبيها رسميا ، الا اذا اشترط فى العقد ان البيع يكون مفسوخا بدون احتياج الى التنبيه الرسمى » . ويقابل فى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٨٢ ، وهى تنص على انه « اذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، كان للمشترى مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، الا اذا نص فى العقد أن الفسخ يقع دون اعذاره . وفى كل حال لايجوز للمحكمة ان تمنح المشترى اى اجل » . ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٦٨ ، وهى تنص على انه « اذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالعقد يفسخ حتما لمجرد عدم الدفع فى الاجل المضروب » . ويقابل فى التقنين المدنى الاردنى المادة ٥٢٩ ، وهى تنص على انه « اذا حدد فى البيع موعد معين لاداء الثمن واشترط فيه انه اذا لم يؤد المشترى الثمن خلاله فلا بيع بينهما . فان لم يؤده والمبيع لم يزل فى يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما » .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ — ص ١٤٩ فى الهامش. وقد قضت محكمة النقض بانه متى انتهى الحكم الى اعتبار العقد =

واتفاق المتبايعين على اعتبار عقد البيع مفسوخا اذا تخلف أحدهما عن تنفيذ التزاماته المنصوص عليها فى عقد البيع ، وان كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، الا آن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله ، ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت والتحقق من توافر شروط تطبيقه ، فاذا تبين للقاضى آن طالب الفسخ هو المتسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه ، آو ان امتناع المتعاقد الاخر عن الوفاء بالتزامه كان لسبب مشروع بناء على الدفع بعدم التنفيذ مع توافر شرائطه ، أو آن طالب الفسخ قد اسقط حقه فى طلبه بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد ، فانه يجب على القاضى ان يتجاوز عن شرط الفسخ

= مفسوخا من تلقاء نفسه فى حين الثابت أن العقد لم يتضمن النص على الفسخ بارادة الدائن ، وانما نص فقط فى البند الثانى على حلول الاقساط المتفق عليها عند التخلف عن دفع احداها فى موعده مع استحقاق فائدة بواقع ٤٪ سنويا من تاريخ التخلف حتى السداد ، ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين · ولما كان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما وكان الشرط الضمنى لايستوجب الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام ، اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى ان يمهل المدين كما ان للمدين ان يتفادى الفسخ اذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائى ، فان الحكم المطعون فيه اذ استند فى قضائه باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الى ما ورد بالبند الثانى من العقد ، يكون قد خالف الثابت بالاوراق ومسخ اتفاق الطرفين ، مما يعيبه ويستوجب نقضه : نقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٩٣ ص ١١٨١ .

كما قضت محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ لايقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . واذ كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه « اذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا » فان هذا الشرط لايعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية الا تقضى بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من ان الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى المبيع قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته فانها لاتكون قد خالفت القانون : نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠ ص ٤٩ .

الاتفاقى (١) . واستخلاص تنازل البائع عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ منوط بتقدير محكمه الموضوع متى اقامت قضاءها فى هذا الصدد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لايتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فان كان من حق المشترى قانونا ان يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا (نقض مدنى فى ١٩ يناير سنه ١٦٦٧ مجموعه احكام النقض السنه ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣) .

كما قضت محكمه النقض بانه وان كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه او انذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من اقساط باقي الثمن فى ميعاده من شانه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى،ووجوب اعماله ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد،كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون أعماله ، فان تبين له ان الدائن قد اسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد ، او كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، او كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب عليه ان يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى . مستندا الى تنبيههن عليه بانذار على يد محضر بالوفاء بباقى الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه ودون التمسك فى الانذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد ، والى تراخيهن فى رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الانذار ، وكان الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى لاسبابه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد ، دون ان يعرض للظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون مشوبا بالقصور (نقض مدنى فى ٩ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٥٣ ص ٧٨٧ — ونقض مدنى فى نوفمبر سنة ١٩٧٠ المجموعة السابقة السنة ٢١ رقم ١٩٣ ص ١١٨١) .

وقد قضت محكمة النقض ايضا بانه اذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فانه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فان كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين ان البائع قد اسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد اقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد منبئا بذلك من تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ ، فلا يكون له عند تأخير السداد فى المستقبل الا المطالبة بالفسخ القضائى : نقض مدنى فى ١٩ أبريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠٣ ص ١٠٢٨) .

على أسباب سائغة (١) .

٤١٢ — **التدرج فى الاتفاق على الفسخ** : ويتدرج فى العمل الشرط الذى يرد فى عقد البيع قاضيا بفسخه اذا لم يوف المشترى بالثمن (lex commissoria, pacte commissoire) فأدنى مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشترى أن يكون البيع مفسوخا اذا لم يوف المشترى بالثمن . وقد يصل الشرط الى مرتبه اقوى ، فيشترط البائع على المشترى أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم . ثم قد يصل الشرط الى أعلى مرتبه من القوة ، فيشترط البائع ان يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او اعذار ، أو أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة فى خصوص عقد البيع (٢) ، كما استعرضناها فى العقد بوجه عام فى الجزء الأول من الوسيط (٣) .

٤١٣ — **الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا** : يغلب أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا فى ألفاظ صريحة القاعدة التى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أستخلص الحكم باسباب سائغة تنازل الطاعنه البائعة عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع املاك الميرى ، فان محاولة الطاعن فى ذلك لا تعدو ان تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ، واذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ ، ولم يعد قائما امامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى ، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حصول الفسخ من عدمه ، وكان المطعون عليه المشترى قد أوفى بالتزاماته قبل الفصل نهائيا فى الدعوى ، فان النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبيب ، يكون على غير اساس : نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٧٣ ص ١٠٣٤ .

(٢) وترد هذه الشروط فى بيع المنقول كما ترد فى بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الوارد فى المادة ٦١١ من المشروع التمهيدى التى حذفت فى لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، ينطبق ايضا على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر فى هذا النص لانه هو الذى يرد بشأنه فى الغالب هذه الاتفاقات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد فى المادة ٣٦١ مدنى وسيأتى بيانها . فاذا خرجنا عن نطاق هذه الحالة التى عرضت لها المادة ٤٨١ مدنى فى بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار فى شان هذه الاتفاقات وتدريجها (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٤) .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٢ — فقرة ٤٨٥ .

سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائى • ومن ثم لايغنى هـــذا الشرط عن اعذار البائع للمشترى ، ولا من الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشئا لا كاشفا ، ولايسلب القاضى سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشترى أجلا لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (١) • بل ان هذا الشرط لايمنع المشترى من توقى الحكم بالفسخ ، بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ • وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهـــد المشترى بأداء باقى الثمن فى ميعاد عينه ، فان لم يؤده فى هذا الميعـاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس الا ترديدا لقاعدة الفسخ القضائى (٢) •

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ •

(٢) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٤٦ مجموعـة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ — وقضت أيضا بأن النص فى العقد على انه فى حالة تأخير سداد القسـط الاول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشترى حقا مكتسبا للبائع المذكور ، ذلك ليس الا ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعـة احكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الفاسخ مقتضيا الفسخ حتما الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجـوب الفسخ حتما عند تحققه بغير حاجة الى تنبيه أو انذار . أما الشرط الضمنى الفاسخ (pacte commissoire tacite) فلا يلزم القاضى به ، بل هـو يخضع لتقديره . فللقاضى الا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فاذا نص فى عقد البيع على أنه اذا ظهر على العين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فان البائع يلتزم بتعويض قدره كذا كما يجوز للمشترى ان يفسـخ التعاقد بمجرد انذار البائع ، فهذا الشرط ليس الا ترديدا لما قرره فقه القانون من أن عدم قيام احد طرفى العقد المتقابل الالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلب فسخ العقد ، فهو شرط ضمنى فاسخ للقاضى أن يهدره اذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوصياتها أنه لا مبرر له . ومتى اثبت القاضى فى حكمه الاعتبارات المقبولة التى استند اليها فى ذلك ، فلا تثريب عليـه (نقض مدنى ٢ ابريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦) . انظر أيضا : نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ — اول مايو سنة ١٩٥٢ مجمـوعة احـكام النقض ٣ رقـم ١٤٦ ص ٩٨٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكـام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١/١٢٦ ص ٢٩٧ •

على أنه قد يتضح من الظروف أن المتبايعين أردا بهذا الشرط أن يحتما فسخ البيع ، فيبقى وجوب الاعذار ووجوب الالتجاء الى القضاء، ولكن لايملك القاضي في هذه الحالة اعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه يكون منشئا لا كاشفا .

٤١٤ — الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم : الشرط على هذا النحو لايعفي من الاعذار . فاذا لم يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ جاز للمشتري ان يتوقى الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون ابطاء (١) . فاذا أبطأ في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة اعذار ، وفسر الشرط في الغالب على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع اعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولاتعارض بين الاعذار الواجب وطلب الفسخ ، فان اعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لايكون نزولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضي ايقاع الفسخ على المشتري اذا لم يدفع الثمن بعد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الذى يجعل العرض والايداع غير مبرىء للذمة هو ما ل يكون للمدين حق في قرضه .. ومن ثم فان الايداع المطعون ضدهما (المشتريين) باقي الثمن مع اشتراط عدم صرفه للطاعنة (البائعة) الا بعد التوقيع على العقد النهائي طبقا لنصوص عقد البيع لا تؤثر على صحة العرض والايداع ويبرىء ذمتهما من باقي الثمن ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق الى ان الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم تمام الاعذار فان امر الفسخ في هذه الحالة يكون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ، يشترط للقضاء به ان يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض طلب فسخ عقد البيع على ان المطعون ضدهما قاما بالوفاء بباقي الثمن في الوقت المناسب اذ عرضاه على الطاعنة عرضا حقيقيا وأودعاه وذلك قبل الجلسة الاولى المحددة لنظر دعوى الفسخ ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون : نقض مدني في ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٧٥ ص ٣٨٥ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤ — ص ١٥٥ .

اعذاره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه اذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بانذاره أى تكليفه بالوفاء فاذا لم يدفع كان البائع فى حل من اعمال خياره فى الفسخ. واذن فباطل زعم المشترى أن الانذار الموجه اليه من البائع بوفـــاء التزاماته فى مدى أسبوع والا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فان هذا الانذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثابت اذن أن هذا الشرط لا يعفى من الاعذار (٢) . وهو أيضا لايعفى من رفع الدعوى بالفسخ اذا نازع المشترى فى اعمال الشرط . ولايمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبه المشترى بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، فان فسخ البيع لايقع من تلقـــاء نفسه الا اذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن اذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخا مـــن تلقاء نفسه ، فان الحكم بالفسخ يكون منشئا لا كاشفا . أما اذا أضاف الى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة الى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى حكم ، فان الحكم بالفسخ يكون كاشـــفا لا منشـــئا . ولايوجد فرق عملى بين الحالتين ، فسواء كان الحـــكم منشئا للفسخ أو كاشفا عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعى ويعتبر البيع كأن لم يكن .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ — بل ان هذا الاعذار لا يعدو ان يكون تسجيلا لتاخر المشترى فى دفـــع الثمن واظهارا لاختيار البائع فسخ البيـــع دون التنفيذ اذ هو بالخيـــار بين الامرين ، ومن ثم ليس من الضرورى أن يحدد البائع فى هذا الاعذار اجـــلا للوفاء بالثمن ، ولكن من جهة اخرى يستطيع المشترى بمجرد وصول الانذار اليه أن يبادر الى دفع الثمن فيمنع الفسخ (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع للمشترى عادة اجلا قصيرا لدفع الثمن ، ويذكر انه اذا انقضى الاجل دون ان يدفع المشترى الثمن فقد أصبح البيع مفسوخا من تلقاء نفسه (بودرى وســـينيا فقرة ٥٥٢ ص ٥٨٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٥ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

٤٦٥ — الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اعذار ، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار : والشرط على هذا النحو قد وصل الى أعلى مراتب القوة (١). فاذا لم يف المشترى بالثمن فى الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخا دون حاجة الى اعذار (٢) . فاذا نازع المشترى فى اعمال الشرط ، لم يجد البائع بدا من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لايملك المشترى فى هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن (٣) . ولايملك القاضى أن يمنح المشترى أجلا لدفع الثمن ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفا عن الفسخ لا منشئا له (٤) .

---

(١) وليس من الضرورى أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل أن اية صيغة تدل على المعنى تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من ان القانون لم يشترط الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فاذا اثبت الحكم ان طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على ان يودع العقد لدى امين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على انه عند اخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم ان المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح ، اى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الاخلال بشروطه ، فانه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لان عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ — ٣ ابريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٤ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص٨٦ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — بل ويجوز طرد المشترى من العين المبيعة او نزعها منها بحكم من قاضى الامور المستعجلة (استئناف وطنى ١٤ يونية سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣٠٩ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ — استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٧) .

(٣) استئناف مصر ٣١ اكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ — ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ .

(٤) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ — بل يكفى أن يدفع البائع فى دعوى مرفوعة بفسخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة الى تنبيه رسمى أو غير رسمى ، فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم اذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر ان الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع اثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى . ومتى وقع الفسخ بمقتضى=

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الاعفاء من شرط الاعذار صريحا كما يقضى نص المادة ١٥٨ مدنى المتقدم الذكر ، فلايجوز أن يستخلص ضمنا من عبارات العقد • وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من إنطباق شرط الفسخ ووجوب اعماله (١) •

ويلاحظ هنا ايضا أن هذا الشرط لايمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، والا كان تحت رحمة المشترى اذا شاء هذا جعل البيع مفسوخا بامتناعه عن دفع الثمن • ويترتب على ذلك أن البيع لايعتبر مفسوخا الا اذا أظهر البائع رغبته فى ذلك ، اما برفع دعوى الفسخ ، واما بمجرد اخطار المشترى بآن العقد قد أصبح مفسوخا (٣)،

=شرط العقد ، فان ايداع الثمن ليس من شأنه ان يعيد العقد بعد انفساخه (نقض مدنى ١٣ مايو سنه ١٩٤٣ مجموعه عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) •

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطه حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن انه اذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول اليه كان العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون انذار . فامتنع المصرف عن صرف الشيك لبعض اجراءات شكلية ٠٠ وقد تبت ان مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو ان يعطيه شيكا آخر .. فرفض الدائن وابى الا اعتبار العقد مفسوخا . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت ، وان العقد لم يفسخ بل لا يزال قائما (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) . وفى قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الاجل بطريقة من شأنها ان تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل اثر شرط الفسخ الذى كان موجودا فى العقد الاول ، ولا يجوز للدائن ان يتمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١) • وفى قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه اذا اشترط سقوط الاجل دون حاجة الى حكم او انذار عند تأخر المدين فى دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض اقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد،ثم تمسك فجاة بحقه فى الفسخ عندما تأخر عن ميعاد دفع قسط،فان تساهله السابق يحمل على انه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخا (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . انظر الوسيط جزء اول الطبعة الثالثة المنقحة المجلد الاول ص ٩٩١ هامش ٢ •

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ •

(٣) على انه اذا كان الوفاء بالثمن فى موطن البائع ، وجب على البائع ان يذهب بنفسه او بوكيله الى مكان الوفاء ليتثبت من ان المشترى لم يذهب الى هناك لدفع الثمن ، أو وجب انذار المشترى فيعود الى الاعذار الذى كان قد اعفى نفسه منه . فلا يبقى اذن الا أن يشترط البائع ايضا ان يكون الوفاء فى موطنه هو (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩٠ هامش ٣) •

ولايقبل من المشترى التمسك بفسخ البيع اذا كان البائع لم يتمسك بالفسخ (١) .

٤١٦ — **حكم خاص ببيع المنقول — نص قانونى** : وقد ورد فى هذا الصدد نص فى بيع المنقول يورد حكما خاصا بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦١ من التقنين المدنى على أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (٢) .

---

(١) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشترى اذا انفسخ البيع لتاخره فى دفع الثمن ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بانه اذا نص فى عقد بيع انه اذا تأخر المشترى عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغيا بدون حاجة الى انذار او حكم قضائى ويصبح المبلغ المدفوع حقا مكتسبا للبائع لا يرد بحال من الاحوال ، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغيا مثل ما للبائع سواء بسواء (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) ، ففى هذه القضية دفع المشترى عربونا للبائع ، فحق له الرجوع فى البيع ، واصبح العربون حقا مكتسبا للبائع .

ونرى من ذلك ان هذا الشرط الفاسخ الاتفاقى ، وهو فى أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ القانونى . فهو أعلى من الفسخ القضائى فى أن الحكم بالفسخ فيه اذا قامت حاجة لصدوره يكون مقررا للفسخ لا منشئا بحيث لا يجوز للمشترى أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضى اعطاء مهلة للمشترى لدفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن البيع لا ينفسخ فيه الا اذا اظهر البائع رغبته فى ذلك ، أما فى الانفساخ القانونى فالعقد ينفسخ دون نظر الى ارادة البائع كما اذا هلك المبيع فى يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المنقحه المجلد الاول فقرة ٤٨٥ ص ٩٩٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى ، « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا لم يتقدم المشترى لتسلم المبيع بعد انقضاء الاجل المتفق عليه ، او تقدم ولكنه لم يعرض الثمن ، كان البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار ، وذلك لمصلحة البائع ، الا اذا كان المشترى فى الحالة الاخيرة قد اتفق مع البائع على أجل اطول للوفاء بالثمن » . وفى لجنة المراجعة اقر النص بعد تحوير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائى ، واقره مجلس النواب ولكن لجنة المراجعة عدلته ، فاستعاضت عن عبارة « اذا لم يتقدم المشترى =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٣٥/٤٣٨ (١)٠

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٥٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥٠٥ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الاردنى (٢) ٠

ويخلص من هذا النص ان فى بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة الشرط الفاسخ فى أعلى مراتبة من القوة ، أى بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اعذار ٠ وهذا الاتفاق هو الذى يقع بين البائع والمشترى يحدد ميعادا لدفع

= الخ » بعبارة « اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع الخ » ، وقد راعت اللجنة فى ذلك ان تحتذى مثال النص الوارد فى التقنين السابق وأن تجعل الحكم اوضح ، وصارت المادة رقمها ٤٦١ ٠ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٥ — ص ١٥٧) ٠

(١) يقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٣٥/٤١٨ ، وهى تنص على ما يأتى : « وفى بيع البضائع والامتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه » ٠ (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد) ٠

(٢) فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى ٤٢٩ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصرى) ٠

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٠ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصرى) ٠

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل — فلا يسرى الحكم لان النص استثنائى ٠

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل — فلا يسرى الحكم لان النص استثنائى ٠

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٥ : فى بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لاداء الثمن كله او اكثره ولتسلم المبيع ، كان للبائع الحق فى اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار اذا لم يؤد المشترى المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، أو كان الباقى من الثمن المستحق يسيرا ٠ (وهذا النص يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن التقنين الكويتى لم يجز انفساخ عقد البيع فى حالة ما اذا كان الباقى من الثمن المستحق يسيرا) ٠

التقنين المدنى الاردنى : لا مقابل — فلا يسرى الحكم لان النص استثنائى ٠

الثمن وتسلم المبيع • فيفرض القانون فى هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع فى مقابل قبض الثمن ، وقد اتفق مع المشترى على ميعاد لذلك • ولما كانت المنقولات سريعة التداول ، ولاتتحمل ماتتحمله العقارات من الابطاء فى التعامل وطول الاجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها ، وبخاصة اذا كانت هذه المنقولات عروضا للتجارة وسلعا وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها الى مشتريها فى ميعاد محدود يقبض ثمنها ، والا فهو فى حل من بيعها الى غيره واعتبار البيع الاول مفسوخا دون حاجة الى حكم أو اعذار ، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ينطوى على هذا الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اعذار اذا جاء ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشترى لدفع الثمن (١) • وهذا الفرض قابل لاثبات العكس ، فقد يذكر فى البيع ماينقض ذلك ، كأن يتفق مثلا على ألا يفسخ البيع الا بعد اعذار أو أنه يجوز مد الاجل لدفع الثمن أو نحو ذلك • فاذا لم يقم اتفاق صريح أو ضمنى مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، ولم يتقدم المشترى لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخا دون حاجة الى حكم أو أعذار (٢) ، وكان البائع فى حل أن يعتبر المبيع لم

---

(١) اما النص المقابل فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٥٧) فيجعل الفسخ جزاء على عدم تقدم المشترى لتسلم المبيع ، اى جزاء على التزام المشترى بتسلم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥٩٤ — فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد يجعل الفسخ جزاء على كل من الالتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم المبيع (انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٢ — ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ — ٢٨ ابريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط ان يكون البائع مستعدا لتسليم المبيع ، فاذا كان التسليم فى موطن المشترى مثلا ، وجب لاعمال المادة ٤٦١ مدنى ان ينقل البائع المبيع الى موطن المشترى حتى يظهر استعداده لتسليمه (الاستاذ انور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠٩ — الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٣١) • واذ ثبت ان البائع هو الذى تأخر فى تسليم المبيع ، فللمشترى طلب فسخ البيع ،ولكن بعد اعذار والحكم بالفسخ يكون =

ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل ما يشاء (١). على أن انفساخ البيع على هذا الوجه لا يكون الا باختيار البائع (٢) ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخا ، وأن يطالب المشترى بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، والا لاستطاع المشترى أن يفسخ البيع اذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٣) .

ويلاحظ أن الحكم المتقدم الذكر لايسرى الا فى هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التى تقدم ذكرها . فلابد أن يكون المبيع منقولا سلعة أو بضاعة أو أسهما أو سندات أو نحو ذلك (٤) ، وأن يكون المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا

= للقاضى فيه سلطة تقديرية وفقا للقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(١) وللبائع فوق ذلك ان يطالب المشترى بتعويض : بنى سويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٥١٨ — اسيوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ — الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على انه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها على القاعدة العامة القاضية بعدم امكان فسخ العقود الا بعد الاعذار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من ذلك واشترط لاعمال هذا النص الاستثنائى ان يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وان يكون كل من المبيع والثمن محددا تحديدا كافيا ومعلوما للمشترى عند التعاقد ، وأن يتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن ، وان يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع (نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد الثالث ص ٤٢٣) .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ — واذا اختار البائع الفسخ او التنفيذ ، واقره المشترى على ما اختاره ، لم يعد يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

(٤) ولكن لا يجوز ان يكون منقولا معنويا لمجموع من المال او متجر (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٨ — ص ٣٤٩) .

يسرى هذا الحكم فى بيع العقار . كذلك لايسرى فى بيع المنقول اذا كان البيع غير مؤجل ، كما اذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع فصار الثمن واجب الدفع فى الحال والمبيع واجب التسلم فورا (١) . ولا يسرى فى بيع المنقول اذا حدد ميعـاد لدفع الثمن غير الميعاد الذى حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفـع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسلم المبيع فيكون التسلم واجبا فى الحال ودفـع الثمن واجبا فى الميعاد المحدد . أما اذا حدد ميعاد لتسلم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٢) ، أن الثمن يكون واجب الدفع فى ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد فى المادة ٤٦١ مدنى (٣) .

وفى جميع الصور التى لايسرى فيها هذا الحكم ، وهى الصور التى قدمنا بيانها ، تسرى القواعد العامة التى سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن الا فسخا قضائيا بمميزات هـذا

---

(١) استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة رقم ١٧ ص ٤٢ — استئناف مختلط يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان اتفاقا قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقدا فى ميعاد معين، فانه لا يحل الرجوع الى العرف لمعرفة دفع الثمن والطريقة التى يدفـع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى الثمن فى الميعاد مادام ان القانون قد خول هذا الحق بنص صريح بما قرره فى المادة ٣٣٥ من القانون المدنى القديم (تقابله المادة ٤٦١ من القانون المدنى الجديد) من انه اذا اتفق فى بيع البضائع والامتعة المنقولة على ميعـاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، كان البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بغير حاجة الى تنبيه رسمى (نقض مدنى فى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٥١) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٩٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بان المادة ٣٣٥ مدنى (٤٦١ مدنى جديد) جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم امكان فسخ العقود الا بعد التنبيه الرسمى ، فلا يصح تطبيقها الا فى حدود نصها ، اى فى حالة تحديد أجل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع . اما اذا كان الاجل محددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ، ففى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسميا على المشترى بالتسلم والوفاء (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٢ ص ٢٤٧) .

الفسخ التى سبق ذكرها ، أو فسخا اتفاقيا اذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذى بسطناه فيما تقدم .

٤١٧ — الاثار التى تترتب على الفسخ الاتفاقى — احالة : ويترتب على الفسخ الاتفاقى نفس الاثار التى تترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) .

فاذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، واذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

المبحث الثانى

تحمل مصروفات البيع

٤١٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣ (٣) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ — ص ١٥٩) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٣٠٩/٢٤٣ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشترى . وانظر ايضا م ٣٥٦/٢٨٤ .
(والاحكام متفقة فى التقنينين الجديد والسابق) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٣٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٥١ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٨٣ — ٥٨٥ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤١٣ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥٠٧ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٣١ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٣٠ (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٢ — فقرة ٢٤٣)

التقنين المدنى الليبى م ٤٥١ (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٨٣ : نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التى يتتضيها البيع تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

م ٥٨٤ : الاشياء المبيعة جزافا مؤونتها ومصروفاتها على المشترى ؟ فلو بيعت ثمرة كرم جزافا ، كانت اجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك .

م ٥٨٥ : ما يباع محمولا تكون اجرة نقله وايصاله الى بيت المشترى جارية على حسب الاتفاق والعرف .

(واحكام التقنين العراقى تتفق مع احكام التقنين المصرى — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٣٠ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٤ — فقرة ٥٧٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٣ : ان مصاريف أخذ المبيع واستلامه (كالتحزيم والنقل والشحن) ومصاريف اداء الثمن والقطع والتسجيل ونفقة الصكوك التى يضعها كاتب العدل والطوابع مما يلزم لصك الشراء ، كل ذلك يدفعه المشترى ، ما لم يكن نص أو عرف مخالف . وتشمل مصاريف الاستلام رسوم المرور (الترانزيت) والدخولية والجمرك التى تؤخذ فى اثناء نقل المبيع وعند وصوله .

(احكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٧ : يتحمل المشترى نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ؟ ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٥٣١ : نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشترى ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق او نص فى قانون خاص يقضى بغير ذلك .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن التقنين الأردنى قد نص على أن نفقات تسليم المبيع على عاتق البائع وهذا ما تقضى =

ومصروفات البيع يقوم المشـــترى عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشىء منها لأنه هو الذى يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يـوجد اتفاق مخالف يجعل البائـع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخـالف كما هى الحال فى السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشترى مناصفة (١) .

وقد يقوم البائع فى بعض الأحيان بمصروفات البيع أو ببعضـها ، فما لم يوجد اتفـاق أو عرف مخـالف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشـترى لأنه هو الذى يتحمـل مصروفات البيع (٢) كمـا سبق القول فنستعرض اذن حالة ما يقوم المشترى بالمصروفات ، ثم حالة ما يقـوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشترى بما أنفقه (٣) .

٤١٩ — **المشترى قام بمصروفات البيع** : وتشتمل هذه المصروفات عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سـواء كتب فى ورقة عـرفية حيث

= به القواعد العامة التى تقضى بان نفقات تسليم المبيع يتحملها البائع أما نفقات تسلم المبيع فيتحملها المشترى) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعـة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ .

(٢) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الامر ان البائع هو الذى يتحمـل مصروفات البيع فى النهاية ، اذ أن المشترى يدخل هذه المصروفات فى اعتباره عند تقديره لثمن المبيع ، فيدخل فى الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشـترى يزيد الثمن بمقـدار هـذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحمل بها قانونا ، فيكون البائع هو الذى فاتته هذه الزيادة ، وهو اذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩) .

(٣) أما علاقة كل من البائع والمشترى بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما وبينه ، فأتعاب المحامى مثلا يرجع بها على كل من البائع والمشترى اذا وكلاه معا وفقـا للمادة ٧١٢ مدنى التى تجعل الموكلين المتعددين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الاسـتاذ أنور سلطان فقرة ٣١١)واذا رجع المحامى على البائع بكل اتعابه رجع البائع بها كلها على المشترى ، أما اذا رجع المحامى على المشترى لم يرجع هذا بشىء على البائع (الاستاذ محمد على امام فقرة ٢٥٠ ص ٤٢٥) .

يتحمل المشترى رسوم « الدمغة » ان كانت هناك رسوم ، أو فى ورقة رسمية حيث يتحمل المشترى رسوم الورقة الرسمية . ويدخل فى المصروفات أيضا أتعاب المحامى الذى قام باعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضا مصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لاعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل فى ذلك توقيع البائع نفسه (١) . وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣ر٥٪ من الثمن ثم ارتفعت الى ٥٪ ثم ارتفعت أخيرا الى ٧٪ (٢) . واذا ثقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فان مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل فى مصروفات البيع التى يتحملها المشترى . لكن اذا كان على المبيع رهن أو حق عينى آخر نرتب من جهة البائع ، فان مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لاعلى المشترى الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك. أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف قد جرى على أن تكون مناصفة فيما

---

(١) انظر فى حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الاستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٢٩ ص ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤ ، وفى أن مصروفات اثبات البائع لملكيته للمبيع كمصروفات أعلام الوراثة تكون عليه لا على المشترى المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢ . واذا كان البائع فى مكان بعيد وتكلف نفقات فى الحضور التوقيع والتصديق على توقيعه ، فهذه النفقات يتحملها هو ، لانه ملتزم بالقيام بالاجراءات اللازمة للتسجيل وتقضى القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم .

(٢) واذا علم المشترى ان العقار الذى باعه اياه الوارث لايزال مكلفا باسم المورث ، فعلى المشترى دفع رسم الايلولة لنقل التكليف من المورث الى الوارث ، لان علم المشترى بعدم دفع الوارث لرسم الايلولة وعدم اشتراطه شيئا فى خصوص ذلك يفيد رضاءه الضمنى بتحملها (استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٥ — ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٨) . ولكن الاصل هو أن رسم الايلولة يتحمله الورثة البائعون لا المشترى ، فاذا دفعه المشترى مضطرا رجع به على الوارث (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠) .

بين البائع والمشترى ، وقد جرى العرف أيضا على أن يأخذ السمسار ٢٫½٪ من الثمن من كل من البائع والمشترى الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من السمسرة مباشرة الى السمسار (١) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحمله المشترى ، وهو الذى يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشىء منه على البائع ، الا اذا وجد اتفاق أو عرف مخالف (٢) .

أما مصروفات تطهير العقار اذا لجأ المشترى الى تطهيره فتكون على البائع لا على المشترى (٣) ، لأن الرهن الذى يطهره المشترى آت من جهة البائع ، وهذا مالم يوجد اتفاق مخالف . وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذى تسبب فيها بخطأه ، كما اذا أعطى المشترى بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر ، وكما اذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض (٤) .

٤٢٠ — البائع قام بمصروفات البيع أو ببعضها : وقد يقع كما

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ — ١٠ يونيه ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٤٧ .

(٢) واذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل فى هذه الحالة ان المشترى قد اشترى وعقده فى يده (contrat en main) أى انه يحصل على العقد دون أن يدفع شيئا غير الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٩١) .

واذا اخذ المشترى على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على المبيع ، وجب عليه دفعها ولو صدر قانون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٨) . واذا تعهد المشترى بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع للحكومة ، ثم نزلت الحكومة للبائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشترى دفعها للبائع لانها تعتبر جزءا من الثمن (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٢) .

(٣) جيوار ١ فقرة ١٩٧ — اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش ٢ — بودرى وسينيا فقرة ١٩٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٣٩ ص ٦٢٤ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ١٩٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣ .

قدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها • مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع « الدمغة » ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية • ومثل ذلك أيضا أن يدفع أتعاب المحامى أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتيازه على العقار المبيع أو نحو ذلك • ففى هذه الحالات يرجع البائع على المشترى بما دفعه من هذه المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف •

وللبائع ، فى رجوعه على المشترى بما دفعه من مصروفات البيع ، كل الضمانات التى له فى الرجوع عليه بالثمن • فيستطيع أن يحبس ، ان المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، اذا لم يسترد هذه المصروفات من المشترى • وله امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات • والظاهر أيضا أنه يرجع على المشترى بالفوائد القانونية لما دفعة من مصروفات البيع من وقت دفعها ، على أساس أنه وكيل عن المشترى فى دفع هذه المصروفات ، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الانفاق (م ٧١٠ مدنى) (١) •

المبحث الثالث

تسلم المبيع

٤٣١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » •

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتى :

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩ — ولو اعتبر البائع فضوليا فى دفع مصروفات البيع ، فان له أيضا الحق فى اقتضاء الفوائد الثانوية عنها من يوم دفعها : انظر المادة ١٩٥ مدنى •

« نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفـاق يقضى بغير ذلك » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٨٤/٣٥٦(٢)

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخـرى : فى التقنين المـدنى السورى المادتين ٤٣١ و ٤٣٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٥٢ و ٤٥٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٨٦ و ٥٨٧ — وفى تقنين

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يلتزم المشترى بأن يتسـلم المبيع فى الزمان والمكان المحددين فى العقد ، مادام المبيع قد عرض عليه وفقا للشروط المتفق عليها . ٢ — فاذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسلم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلم المبيع دون ابطاء ، الا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ويتسلم فى المكان الذى يجب أن يسلمه فيه » . وفى لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لانها تفيـد المعنى المطلوب كاملا ، وحورت تحريرا لفظيـا فاصبحت مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح النص رقمـه ٤٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الاعمال التحضـيرية ٤ ص ٢٦٠ — ص ١٦١) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عقد او اتفاق يقضى بغير ذلك . ويعتبر البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل اذا اشترط المشترى التسليم خالص الاجر . واذا اتفق على ان يكون التسليم خالصا من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البـائع راضـيا أن يتحمل الرسوم التى تجبى فى نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التى تجبى عند تسـلم المبيع » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لان مكانهـا القانون التجارى ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النـواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٨٤/٣٥٦ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشترى ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا أن لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الاحوال .

(والاحكام متفقة فى التقنيينين السابق والجديد) .

الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٧٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٥٢٥ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٣١ — ٤٣٢ (مطابقتان للمادتين ٤١١ — ٤٧٤ مصرى — وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ وفقرة ٢٤٤ .

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٢ — ٤٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ — ٤٦٤ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى ٥٨٦ : ١ — يلتزم المشترى بان يتسلم المبيع فى الزمان والمكان المحددين فى العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقا للشروط المتفق عليها . ٢ — فاذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسلم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يجب أن يسلمه فيه البائع ، وان ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك .

(واحكام التقنين العراقى متفقة مع احكام التقنين المصرى — انظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٣٣١ — فقرة ٣٣٣ — الاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ — فقرة ٥٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٧٢ : يجب على المشترى أن يستلم المبيع فى المكان والزمان المعينين فى العقد . واذا لم يكن هناك نص مخالف ، وجب عليه أن يستلم المبيع بلا ابطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . واذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون أن يعرض دفع الثمن فى الوقت نفسه ، وكان البيع نقدا ، فتطبق القواعد المتعلقة بتأخر المدين . واذا كان من الواجب تسليم الاشياء المبيعة دفعات متوالية ، فالتخلف عن استلام الدفعة الاولى ينتج المفاعيل التى ينتجها عدم استلام المجموع — ذلك كله ما لم يكن اتفاق مخالف بين الفريقين .

أنظر ايضا المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها آنفا فقرة ٤١٨ فى الهامش .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٠٦ (مطابقة للمادة ٤٦٣ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٥٠٧ : يتحمل المشترى نفقات .... ونفقات تسلم المبيع .... ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . (وهذا النص يتفق مع حكم المادة ٤٦٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٥٢٥ : اذا لم يكن المبيع فى مكان العقد عند التعاقد وكان المشترى يجهله حينئذ ثم علم به بعد ذلك فله الخيار ان شاء فسخ البيع او امضاه وتسلم المبيع فى مكان وجوده . (وهذا النص يختلف فى الحكم عن التقنين المدنى المصرى وقد اخذ التقنين الاردنى حكم تلك المادة من المذهب الحنفى) .

ونبحث فى تسلم المبيع :

١ ـ كيف يكون التسلم .

٢ ـ زمان التسلم ومكانه .

٣ ـ نفقات التسلم .

٤ ـ الجزاء على الاخلال بالتزام التسلم .

٤٢٢ ـ كيف يكون تسلم المشترى للمبيع : التسلم فى أغلب صوره هو العملية المتممة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشترى بحيث يكون هذا متمكنا من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفى أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشترى فعلا المبيع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع الى المشترى ويتسلمه المشترى من البائع . ويتم التسليم والتسلم فى وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشترى ، ويكون المشترى متمكنا من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلا ، فيكون البائع قد قام بالتزامه من تسليم المبيع ، ولم يقم المشترى بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشترى حائزا للمبيع (٢) .

فيلتزم المشترى اذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلا . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشترى بتسلم المبيع فى حالة ما اذا كان التسلم واجبا فى موطن البائع أو فى موطن آخر غير موطن المشترى وكان المبيع منقولا . ففى هذه الحالة اذا لم يتقدم المشترى فى الميعاد المحدد للتسلم الى موطن البائع أو الى المكان الذى يجب فيه تسلم المبيع ليتسلمه ولينقله من مكانه (٣) الى المكان الذى يريد

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠٥ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش .
(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٧٤ .

أن يضعه فيه ، فيخلى بذلك المكان الذى كان شاغلا له عند البائع ، كان المشترى مخلا بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقا للقواعد العامة اعذاره والزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذى سنبينه •

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التى تتفق مع طبيعة المبيع • فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع على ما قدمنا • وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته اذا كان المنقول فى مكان لا ينقل منه • وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بايداع البائع اياها لحساب المشترى فى مصرف •وقد يتسلم المشترى المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو المخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى على هذا المنقول، أو بتحويل البائع له سند الايداع أو التخزين اذا كان المنقول مودعاً أو مخزونا فى جهة ما أو بتسليمه هذا السند اذا كان لحامله • واذا كان المبيع حقا مجردا كحق المرور أو حق شخصى ، فقد يتم التسلم بأخذ المشترى السند الحق أو باستعماله للحق فعلا • والتسليم الحكمى من جانب البائع يتضمن تسلما حكميامن جانب المشترى ، فالمشترى الذى يشترى شيئا كان فى حيازته قبل البيع ويستبقيه فى حيازته كمشتر يكون قد تسلم المبيع تسلما حكميا ، وترك المشترى المبيع للبائع يحوزه بسبب آخر كايجار أو رهن أو وديعة يعد تسلما حكميا من المشترى للمبيع ، واذا آجر المشترى المبيع ، وقبضه المستأجر من البائع رأسا كان هذا تسلما حكميا للمبيع من المشترى • وقد سبق أن بسطنا القول فى كل ذلك عند الكلام فى طريقة تسليم المبيع (١) •

٤٢٣ — زمان تسلم المبيع ومكانه : مان تسلم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه •فالبائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى فى زمان معين وفى مكان معين سبق بيانهما (٢) ؛ ويكون المشترى عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع فى نفس الزمان والمكان

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠٨ •
(٢) انظر آنفا فقرة ٣٠٨ — فقرة ٣١١ •

اذا يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسلم دون ابطاء الا ما يقتضيه التسلم من زمن • فعند ما يسلم البائع المبيع للمشترى ،يتسلمه المشترى فورا فى نفس الزمان وفى نفس المكان •

على أنه قد يتراخى تسلم المبيع من المشترى عن تسليمه من البائع• وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زمانا للتسلم يلى الزمان الذى يتم فيه التسليم ، كأن يكون المبيع منقولا مودعا فى مكان معين فيتفق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشترى مفاتيح هذا المكان بايداعها فى جهة معينة يستطيع المشترى ان يأخذها منها فى أى وقت شاء على ألا يتأخر عن تسلم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت ايداعها • أما أن يكون التسلم غير مكان التسليم فهذا لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسلم •

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشترى يلتزم بتسلمه • وزمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم • فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون ابطاء بمجرد التسليم من البائع ، الا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم (١) » •

٤٢٤ — **نفقات تسلم المشترى للمبيع :** قدمنا أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله الى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد اذا كان المبيع يفرز باحدى هذه الطرق ، ومصروفات ارسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع الى المشترى ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) • أما نفقات تسلم المبيع فتكون على المشترى لا على

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٣١٢ .

البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا فى المادة ٤٦٤ مدنى ، وهى ليست الا تطبيقا محضا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن والتى تقضى بأن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (م ٣٤٨ مدنى) ، والالتزام بالتسلم المدين فيه هو المشترى ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسلم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسلم الى المكان الذى يريده المشترى ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع الى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشترى نفقات نقله من هذا المكان . واذا كان المبيع ثمرا على الشجر — كشجر المانجو والموالح والموز ونحوها — وبيع على هذه الحالة ، فمصروفات قطعه من الشجر تكون على المشترى لا على البائع ، وكذلك الحال فى كل محصول بيع فى الأرض قائما لا مقطوعا . واذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن فى مكان التصدير ، فان مصروفات شحنه وارساله الى أن يفرغ فى محطة الوصول تكون على المشترى لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما اذا كان تسليم المبيع عند التفريغ فى محطة الوصول ، فان مصروفات شحنه وارساله الى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسليم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشترى . وكذلك الحال فى الرسوم التى تجبى على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترانزيت » أثناء العبور والرسوم التى تجبى عند وصول البضاعة الى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشترى اذا كان مكان التسلم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع اذا كان مكان التسلم هو محطة التصدير .

وهذا كله ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجارى بأن مصروفات التفريغ تكون على المشترى ، فيتحملها ولو كان التسلم فى مكان التفريغ . وقد يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصا من أجر الشحن ومن

الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التى تجبى فى نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسلم فى مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التى تجبى على استهلاك المبيع فى هذه الحالة ، بل الذى يتحملها هو المشترى لأنه هو الذى يستهلكها ، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على غيره (١) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما ما يقتضيه التسلم من نفقات — فى النقل والشحن وغير ذلك — فهو على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع الى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم الى مكان التسلم (اقرأ المكان الذى يريده المشترى فان مكان التسلم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) اذا كان المكانان مختلفين تكون على المشترى . واذا كان المشترى فى مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع الى مكان المشترى ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشترى أن يكون التسليم خالصا ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها فى الطريق ، أو عند وصولها الى بلد المشترى . أما رسوم الاستهلاك التى قد تجبى عند تسلم المبيع ، فهى على المشترى . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها » (٢) .

٤٢٥ — الجزاء على اخلال المشترى بالتزام تسلم المبيع : فاذا أخل المشترى بالتزامه من تسلم المبيع ، بأن كان مكان التسليم فى موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان فى جهة أخرى ولم يذهب اليها للتسلم ،

---

(١) انظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، وهى الفقرة التى حذفت فى لجنة المراجعة ، آنفا فقرة ٤٢١ فى الهامش .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ — ص ١٦٣ .

أو كان فى موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسلمه ، أو تخلف المشترى عن تسلم المبيع فى الميعاد المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشترى جبرا عليه . وقد يتم ذلك عن طريق ايداع المبيع على ذمة المشترى بمصروفات يتحملها المشترى ، أو يتم عن طريق الحكم على المشترى بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العينى (١) . ويسبق ذلك كله اعذار البائع للمشترى أن ينفذ التزامه بتسلم المبيع .

كذلك يجوز للبائع ، بعد اعذار المشترى ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى للقاضى سلطته التقديرية ، فاذا رأى مبررا للفسخ قضى به ، والا أعطى المشترى مهلة لتسلم المبيع ، وفقا للقواعد المقررة فى الفسخ القضائى . وقد يوضع فى البيع شرط فاسخ اتفاقى ، فيتبع فى شأنه جميع القواعد التى سبق ذكرها فى شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن (٢) .

---

(١) وقد يكتفى البائع بتسليم المبيع الى المشترى ، أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطالب المشترى بعد ذلك بتسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشترى بالثمن ، سواء تسلم المشترى المبيع أو لم يتسلمه .

(٢) واذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف عن تسلم الدفعة الاولى يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع (انظر م ٤٧٢ لبنانى آنفا فقرة ٤٢١ فى الهامش) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الاخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الاولى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ٩٩ — أوبرى وسينيا فقرة ٥٩٩) .

واذا اعذر المشترى البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتج على المشترى بعدم تسلمه للمبيع ، أن يعذره هو أيضا بالتسلم حتى يثبت عليه التأخر فى تنفيذ هذا الالتزام (استئناف مختلط ٢١ ابريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٧) .

ومن اشترى طينا للسماد ملزم بتسلمه من الترعة التى يوجد فيها ، وليس له أن يبقيه ليأخذ منه بقدر حاجته لتسميد أرضه ، وللبائع اجباره على التسلم أو وضع الطين فى مكان معين على ذمة المشترى (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٣) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العينى أو الفسخ ، فله فى الحالتين أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذى بقى مشغولا بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (١) .

---

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٥٩٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٤ .

الباب الثانى

عقد المقايضة

نظـرة عـامة

فى عقـد المقايضـة

٤٣٦ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتى :

« اذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٥٦ — ٣٥٧ من التقنين المدنى الوطنى (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة « على سبيل التبادل » فقد اضيفت فى لجنة المراجعة بعد أن اقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٣) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٤ — ص ٢٣٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٥٦ : المعارضة عقد به يلتزم كل من المتعاوضين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئا بدل ما اخذه منه .

م ٣٥٧ : تحصل المعاوضة بمجرد رضاء المتعاقدين بها بالكيفية المقررة للبيع .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن المقايضة فى التقنين المدنى السابق : « لم يرد شىء عن عقد المقايضة فى التقنين المختلط . أما التقنين الاهلى فقد اورد فى شأنه خمسة نصوص (م ٣٥٦ — ٣٦٠) اقتصرت على تطبيق القواعد العامة ، فيما عدا نصا واحدا (م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شذوذا لا مبرر له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٥٠ و ٤٥١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٧١ و ٤٧٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٩٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٩٩ و ٥٠١ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٥٢٠ و ٥٢١ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٥٥٢ و ٥٥٤ (١) .

= نصوصا تعرض لميزات خاصة فى عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٢ . وانظر أيضا ص ٢٣٨) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٥٠ — ٤٥١ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢ — ٤٨٣ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الاستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣١٠ — فقرة ٣١٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧١ — ٤٧٢ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢ — ٤٨٣ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٩٩ (مطابقة للمادة ٤٨٣ مصرى — وانظر فى القانون المدنى العراقى الاستاذ حسن الذنون فقرة ٣٧٠ — فقرة ٣٧٣ — والاستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٢٦ — فقرة ٦٤١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٩٩ : المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدى شيئا للحصول على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تتم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما اذا كان موضوع المقايضة عقارات أو حقوقا عينية على عقارات ، فتطبق احكام المادة ٣٩٣ واحكام القوانين العقارية المعمول بها .

م ٥٠١ : اذا عقدت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها ، فللمتعاقدين أن يؤديا الفرق من النقود أو من اشياء أخرى .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

فى التقنين المدنى الكويتى م ٥٢٠ : المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون ايهما نقدا .

م ٥٢١ : اذا تفاوتت قيمة البدلين فى تقدير المتقايضين ، جاز أن يكون فرق القيمة معدلا من النقود .

(واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

فى التقنين المدنى الاردنى م ٥٥٢ : المقايضة مبادلة مال أو حق مالى بعوض من غير النقود .

م ٥٥٤ : لا يخرج المقايضة عن طبيعتها اضافة بعض النقود الى احدى السلعتين للتبادل .

(وأحكام التقنين الاردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

٤٢٧ — تمييز عقد المقايضة عن عقد البيع : ويظهر من النصوص المتقدم ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع فى أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما مبلغا من النقود . ففى البيع يوجد مبيع وثمن ، أما فى المقايضة فلا يوجد ثمن ولكن يوجد مبيع ومبيع اذ الشيئان المتقايض فيهما يكون كل منهما فى حكم المبيع (١) .

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كمبادلة دار بأرض او سيارة بآلة زراعية أو أرض بمواش او نحو ذلك، بل هى قد تكون مبادلة حق عينى آخر أو حق شخصى بالملكية أو بأى حق عينى أو شخصى آخر ، كمبادلة رقبة دار بحق انتفاع فى دار أخرى أو فى أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصى (٢) .

ولكن لابد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فاذا بودل حق

---

(١) انظر المادة ٥٩٧ عراقى وتنص على ما يأتى : « ١ — لكل من البدلين فى بيع المقايضة حكم البيع ، فتعتبر فيهما شروطه . وان وقعت منازعة فى أمر التسليم لزم ان يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا . ٢ — ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذى قايض به ومشتريا للشيء الذى قايض عليه » .
وقد قضت محكمة النقض بأن المقايضة تسرى عليها فى الاصل احكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشيء الذى كان مملوكا له وقايض به ومشتريا للشيء الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه ، غير ان طبيعة المقايضة والتى ترجع الى عدم وجود بيع وثمن بل مبيع ومبيع قد تقضى ببعض منازعات عن احكام البيع وهى المتعلقة بالثمن وبالتزامات المشترى الراجعة الى الثمن لتعارض هذه الاحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد فى حكم المادة ٤٨٢ من القانون المدنى بشأن مصروفات عقد المقايضة . وفيما عدا ذلك فان الآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ قضائية ونقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥١ قضائية ، لم ينشرا) .

(٢) اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١ — بودرى وسينيا فقرة ٩٧٣ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ .

بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما اذا أعطى شخص أرضا لآخر فى نظير أن يقوم له بعمل معين أو فى نظير أن يمتنع عن عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولابد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدى ، فلا تدخل النقود فى عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلا soulte ، فيما اذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقا للمادة ٤٨٣ مدنى المتقدم ذكرها ، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا . فاذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار ألفين وقيمة الأرض ألفا وخمسمائة فى نظر المتقايضين ، فان صاحب الدار يأخذ فى مقابل داره الأرض ومعها معدل من النقود مقداره خمسمائة جنيه.ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة.وقد اختلفت الآراء ، فى هذا الصدد ، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع . فذهب رأى الى الرجوع الى نية المتعاقدين ، فان أرادا العقد بيعا فهو بيع والا فهو مقايضة . وذهب رأى ثان الى جعل العقد بيعا اذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، الى أن العقد يكون مقايضة الا اذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل السالف الذكر اذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فبودلت الدار بالأرض ومعها ألف وخمسمائة ، كان العقد بيعا لا مقايضة (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، والا انقلبت المقايضة بيعا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) وانظر آنفا فقرة ١١ — وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ — بودرى وسينيا=

٤٢٨ — تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعتها — نص قانونى — وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى : « تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشىء الذى قايض به ومشتريا للشىء الذى قايض عليه » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٦٠ (وطنى) (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٧٤ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٩٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥٠٣ — وفى وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٥٢٢ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٥٦ (٣) .

= فقرة ٩٧٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ — جوسران ٢ فقرة ١١٧٤ .

ومبادلة راس مال بايراد مدى الحياة تكون مقايضة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ص ٨٠٧ هامش ١ — جوسران ٢ فقرة ١١٧٠) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الاسلامى . وقد يكون أحد البدلين أو كلاهما مجموعا من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر يعطيه اياه الوارث الآخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦) .

والاصل فى المعدل ان يكون نقودا ، وقد يكون غير نقود (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ — م ٥٠١ لبنانى آنفا فقرة ٤٢٦ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ وص ٢٤٠) .

(٢) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٣٦٠ : تتبع فى المعاوضة القواعد المختصة بمشارطة البيع .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٥٣ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٤ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٩٧ : ١ — لكل من البدلين فى المقايضة حكم =

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايض بائعا للشىء الذى كان مملوكا له وقـايض به ، ومشتريا للشىء الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه • غير أن طبيعة المقايضة — وترجع الى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بـل مبيع ومبيع كما قدمنا — قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع • فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات ، وما بينهما من مفارقات •

١ — الموافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ — **الأركان والآثار** — تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم الذكر بالنسبة الى أركان المقايضة وبالنسـبة الى الآثـار التى تترتب عليها •

٤٣٠ — **أركان المقايضة** — المقايضة كالبيع عقد رضـائى ، يتم بتوافق الايجاب والقبول(١) • ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقا للقواعد العامة فى الاثبات بقيمة أحـد الشـيئين المتقـايض فيهمـا اذ المفروض أنهما متساويان فى القيمة ، والا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشىء محل هذا الالتزام •وأركان المقايضة التراضى والمحل والسبب •

= المبيع فتعتبر فيهما شروطه • وان وقعت منازعة فى أمر التسليم ، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا • ٢ — ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشىء الذى قايض به ، ومشتريا للشىء الذى قايض عليه • (والاحكام متفقة مع احكام التقنين المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٠٣ : تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به ماهية هذا العقد ، وخصوصا ما يتعلق منها بضمان الاستحقاق وبالعيوب الخفية وببطلان التعاقد على ملك الغير • (والاحكام متفقة مع احكام التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٥٢٢ (مطابقة للمـادة ٤٨٥ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الاردنى م ٥٥٦ : تسرى أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها • (ولا يختلف مضمون هذا النص مع حكم التقنين المدنى المصرى) •

(١) وكانت المقايضة فى القانون الرومانى عقدا غير مسمى يتم بتسـليم أحد الشيئين •

ويشترط فى التراضى أن يوجد ، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها ، على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع ، وتسرى على الوعد بالمقايضة الأحكام التى تسرى على الوعد بالبيع (١) ولايكفى وجود التراضى ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا ، والتراضى لا يكون صحيحا الا اذا كان صادرا من ذى أهلية ، والأهلية فى المقايضة هى نفس الأهلية فى البيع ، وحدود ولاية الولى والوصى والقيم فى المقايضة هى نفس حدودها فى البيع ، ويدخل فى ذلك تعاقد الشخص مع نفسه ، ولا يكون التراضى صحيحا أيضا الا اذا كان خاليا من عيوب الرضاء : الغلط والتدليس (٢) والاكراه والاستغلال ، وخيار الرؤية فى المقايضة ، كخيار الرؤية بين البيع ينتهى الى وجوب تعيين الشىء المتقايض عليه وعلم المتقايض ، وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع ، فتجوز مثلا المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق ، وتسرى نفس الأحكام التى تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق .

والركن الثانى للمقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما ، ويشترط فى كل منهما ما يشترط فى المبيع ، اذ أن كلا منهما فى حكم المبيع كماقدمنا ، فيجب أن يكون الشىء المتقايض فيه موجودا ، والشىء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال القضاء ولا المحامى بالمقايضة مع موكله على النحو الذى رأيناه فى البيع (٣) ، ويجب أن يكون الشىء المتقايض فيه معينا تعيينا كافيا ، وتجوز المقايضة فى شىء جزاف وفى شىء يعين

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استحالة رد الاطيان المتبادلة عليها بسبب نزع ملكيتها من يد المتبادل الذى يتمسك ببطلان المبادلة ليست فى حد ذاتها مانعا من قبول دعوى البطلان ، أما اذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلا على اجازة المتبادل للعقد المشوب بالتدليس فعندئذ لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٣٣ المحاماه ١٣ رقم ٤/٦١٨ ص ١٢١٣) .

(٣) انظر آنفا فقرة ١١٣ .

بالتقدير كيلا أو مقاساً أو وزناً أو عداً ، فتجوز مقايضة عشـــرة أرادب من القمح بعشرين أردبا من الذرة مثـــلا . ويجوز تعيين الشيء المتقايض فيه عن طريق العينة كمـــا يجوز تعيين المبيع ، ويصـــح أن يكون الشيء المتقـــايض فيـــه شائعة كما يصح ذلك فى البيع . ويجب أن يكون الشيء المتقايض فيه صالحا للتعامل فيه ، وبخاصـــة يجب أن يكون مشروعا . ويجب آخـــيرا أن يكـــون الشيء المتقـــايض فيـــه مملوكــــــا للمتقايض ، والمقايضة بمال الغير كبيع ملك الغير قابلة للابطال لمصلحة المتقايض الآخر . كذلك المقايضة فى مرض الموت كالبيع فى مرض الموت ويفرض فيها أنها تستر تبرعا فتاخذ حكم الوصية . وحكم مقـــايضة الوارث بمال التركة قبل ســـداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع فى المقايضة بالمال المحجوز عليه وفى مقايضة المعسر بماله .

والركن الثالث فى المقايضة هو السبب ، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة فى نظرية السبب .

٤٣١ ـ الآثار التى تترتب على المقايضة : والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشترى . فيلزم كل من المتقايضـــين بنقل ملكية الشيء الذى يقايض به الى الطرف الآخر ، كما يلتزم بتسليمه ايـــاه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المتقايض فيـــه من مالكه الى المتقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة فى المنقول المعين بالذات ، وبالافراز فيما عين بنوعه ، وبالتسجيل فى العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية فى المقايضة مـــا

---

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع فى المقايضة كما يجوز ذلك فى البيع ، وتسرى نفس القواعد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المورث قد تصرف فى اطيان لـــه للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف فى ذات الاطيان بالبيع لاحد أولاده بعقد بيع مسجل ، فأقام هذا الاخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت =

يترتب على انتقال الملكية فى البيع • ويجوز أن تكون المقايضة سببا صحيحا فى تملك العقار بالتقادم القصير (١) وفى تملك المنقول بالحيازة •

ويلتزم كل متقايض بتسليم الشىء الذى قايض به الى المتقايض الآخر فى الحالة التى كان عليها وقت المقايضة • وحكم العجز والزيادة فى مقدار الشىء المتقايض فيه هو نفس حكم العجز والزيادة فى مقدار المبيع (٢) • والطريقة التى يتم بها التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الاخلال بهذا الالتزام (٣) ، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التى تسرى على الالتزام بالتسليم فى البيع • ويتحمل كل متقايض تبعة هلاك الشىء الذى قايض به اذا وقع الهلاك قبل التسليم ، بالتفصيلات التى قررناها فى البيع •

= ملكيته الى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعا لما هو مقرر فى التشريع الفرنسي فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ ، فان الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠) •

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلزم كل مقايض بالاعمال اللازمة بالتسجيل كما فى البيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٠) • وقضت ايضا بأنه لا يحتج بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يحتج بأى تصرف آخر (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فاذا كانت المقايضة بمعدل حل المقايض محل الدائن المرتهن الذى دفع له المعدل (نفس الحكم السابق) •

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ •

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٨٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ الاستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣ •

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة اذا لم يسلم المقايض ما قايض به الى المقايض الآخر (استئناف وطنى ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٢٩ — ومع ذلك قارن استئناف وطنى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص ١٨٤) • وقضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا لم يوف أحد المتقايضين بما قايض به ، فللآخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل المنفعة التى حصلت للمتقايض المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الاخير حسن النية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماه ١١ رقم ٥٣١ ص ١٠٤٨) • وانظر فى استحقاق التعويض للتأخر فى تسليم الارض المقايض عليها بعد الاعذار (نقض مدنى ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) •

ويلتزم كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق فى الشىء الذى قايض به على النحو الذى رايناه فى البيع (١) . ولكل منهما حبس الشىء الذى قايض به أو فسخ المقايضة اذا استحق الشىء قايض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ — استئناف وطنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ — وفى انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة انظر : استئناف مختلط ٤ يوليه سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤١٢ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٨ .

(٢) المذكرة الايضاحيه للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصين فى هذا الصدد هما مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فحذفا فى لجنة المراجعة . فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على انه « اذا تسلم احد المتقايضين الشىء الذى قايض عليه ، ثم اثبت بعد ذلك ان الطرف الآخر لا يملك هذا الشىء ، فلا يجوز ان يجبر على تسليم الشىء الذى قايض به، وليس عليه الا ان يرد ما تسلمه » . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على انه « اذا استحق الشىء المقايض عليه فى يد المقايض ، أو رد بعيب، جاز للمقايض أن يسترد الشىء الذى قايض به او ان يطالب بقيمة الشىء الذى قايض به او أن يطالب بقيمة الشىء الذى قايض عليه وقت الاستحقاق او وقت المقايضة خاليا من العيب ، وله فى الحالتين ان يطالب بتعويض اذا كان هناك وجه لذلك » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٥ — ص ٢٣٧ فى الهامش) . وتنص المادة ٥٩٨ من التقنين المدنى العراقى على انه « اذا استحق الشىء الذى تسلمه المقايض او رد بعيب ، جاز لهذا المقايض اما ان يسترد الشىء الذى قايض به ، وأما ان يطالب بقيمة الشىء الذى قايض عليه وقت الاستحقاق أو قيمته وقت المقايضة خاليا من العيب . وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض ، اذا كان هناك وجه لذلك » .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق تنص على انه « اذا كان احد المتعاوضين استلم العوض قبل تسليم العوض الآخر ، ثم اثبت ان ما استلمه لم يكن ملكا للمتعاقد معه ، فلا يجوز اجباره على تسليم ما تعهد باعطائه بدل ما أخذه ، وانما يجبر على رد ما استلمه فقط » . ثم اوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصا يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة ، فقضت بأنه « اذا كان احد المتعاوضين استلم عوض ما أعطاه ، ثم ظهر انه ليس ملك العاقد وانتزعه منه مالكه الحقيقى ، فيكون المتسلم المذكور مخيرا بين طلب تضمينات وبين طلب رد عين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه اذا كان عقارا الا اذا مضت فى هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشارطة المعاوضة » . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذا حكم غير مفهوم ، الا اذا قيل أن الاجنبى قد ملك العقار =

٢ — المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢ — مبدأ عام : يمكن القول بوجه عام أن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشترى الراجعة الى الثمن لا تسرى فى عقد المقايضة — وبتحقق ذلك فى المقايضة بمعدل من النقود — سرت أحكام الثمن فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل فى عقد المقايضة ولا تسرى فى هذا العقد بداهة . فاذا دخل عنصر النقد فى المقايضة — ويتحقق ذلك فى المقايضة بمعدل من النقود — سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذى لا يتعارض مع عقد المقايضة (١) ، فيثبت مثلا حق امتياز للمقايض الدائن بالمعدل على الشىء الذى قايض

= بالتقادم القصير . على ان هذا التعليل لا يصح فى كل الاحوال ، فقد يكون الاجنبى سىء النية ، وقد تكون مدة حيازته للعقار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقق ذلك الا تنتقل اليه حيازة العقار الا بعد عقد المقايضة كما هو الغالب . وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة فى الشق الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يصبح المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب ، بل هى من مدد السقوط يسقط بانقضائها حق المتقايض الذى استحق عنده القيض فى رفع دعوى استرداد القيض الذى أعطاه (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ — وانظر ايضا فى صدد هذا النص : نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ — استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المحاماه ٧ رقم ٩ ص ١٥ — محكمة قنا استئنافى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ — الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٣٤ — فقرة ٦٣٥) .

والعبرة بوقت تمام المقايضة ، فان كانت قد تمت قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدنى السابق هو الذى يسرى فيما بين الوطنيين دون الاجانب ، والا فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى .

(١) فيجوز للمقايض الذى له حق فى المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض فان كان له مقتض ، ويجوز لدائنه أن يستعمل حقه هذا (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١م ٥٣ ص ١٨٨) . واذا كان المعدل فى المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، المقايض الذى كان مسئولا عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥) .

به (١) • والنزام المشترى الذى لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامة بتسلم المبيع ، تسرى أحكامه فى عقد المقايضة كما تسرى فى عقد البيع •

٤٣٣ — تطبيقات لهذا المبدا العام — نص قانونى : ومن أهم تطبيقات هذا المبدا أن الأحكام التى تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقودا وأن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير وأن يكون جديا ، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش (٢) فى البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها فى عقد المقايضة •

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشترى فيمايرجع منها الى الثمن ، كالتزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها فى عقد المقايضة • الا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشترى لثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشترى للثمن (ويقابله الشىء المقايض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقاق وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (ويقابله الشىء المقايض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (ويقابله الشىء المقايض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام تسرى فى عقد المقايضة كما تسرى فى عقد البيع (٣) •

---

(١) أما فى غير المعدل فلا امتياز للمتقايض على العين التى أعطاها (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) •

(٢) انظر فى الغبن الفاحش آنفا فقرة ٢٢١ ، حتى لو كانت المقايضة بمعدل (بودرى وسينيا فقرة ٩٩٥) ، اذ المعدل لا يحول المقايضة بيعا (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) — قارن الاستاذ منصور مصطفى منصور (ص ٣١٠) ويذهب الى أن علة حكم الغبن الفاحش تتوافر فى المقايضة، والى ان طبيعة المقايضة لا تتعارض مع اعمال هذا الحكم ، فتقدر قيمة العقار الذى قايض عليه القاصر وتنسب الى قيمة العقار الذى قايض به . وغنى عن البيان اننا لو اعملنا حكم الغبن الفاحش فى المقايضة ، لاقتضى الامر تقدير عقارين ، لا تقدير قيمة عقار واحد كما فى البيع ، ولكن هذه المشقة قد يعدلها استكمال حماية القاصر فى المقايضة كما استكملت فى البيع .

(٣) ويجوز فسخ المقايضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع =

ومما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتى :

١ — لا يتصور فى المقايضة دفع عربون ، الا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجا عن البدلين وهذا لا يقع عادة .

٢ — لا يقع عادة فى المقايضة صورة تقابل البيع بالتقسيط أو تقابل الايجار الساتر للمبيع .

٣ — لا يقع عادة فى المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء (١) .

٤ — لايقع عادة المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير .

٥ — لاتسرى فى المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (٢) ، ولا أحكام العجز فى المقدار (٣) .

٦ — لايوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين على الشىء الذى قايض به ، لأن حق الامتياز انما قرره القانون لضمان الثمن . ولكن اذا وجد فى المقايضة معدل ، مضمونا بحق امتياز كما سبق القول .

٧ — لاشفعة فى المقايضة (٤) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قايض به يعتبر كذلك كل منهما مشترياً لما قايض عليه ، مانصت عليه المادة ٤٨٤

= لعدم دفع الثمن . فالمعدل اذن ، كالثمن ، مضمون بحق الفسخ وحق الامتياز ، وهذا غير التنفيذ العينى (اوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ — الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣).

(١) قارن مع ذلك انسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ (échange) فقرة ١٥ — وقارن أيضا الاستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٢٦ ص ٣٠٩) ،ويذهب الى أن الحكم الخاص ببطلان بيع الوفاء لا يسرى على المقايضة لانتفاء علة البطلان ، فاذا اشترط فى العقد احتفاظ احد المتقايضين بحقه فى استرداد ما قايض به اذا هو رد ما قايض عليه فى مدة معينة كان العقد صحيحا .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٠٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٤) الا اذا اخفى البيع تحت ستار المقايضة (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٧) .

مدنى من أن «مصروفات عقد المقايضـــة وغيرها من النفقـــات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابله فى التقنينات المدنيه العربيـــه الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٥٢ — وفى التقنين المـــدنى الليبى المـــادة ٤٧٣ — وفى التقنين المدنى العـــراقى المادة ٦٠٠ — وفى تقنين الموجبـــاب والعقـــود اللبنانى المـــادة ٥٠٣ — وفى التقنين المدنى الكويتى المـــادة ٥٢٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٥٥ (٣) .

والأصل فى عقد البيع أن مصروفات البيع يتحملها المشترى كما قدمنا، فاذا أردنا تطبيق هذا الحكم على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قايض عليه ، ووجب تبعاً لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . واقرتـــه لجنـــة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٥ — ص ٢٣٧) .

(٢) لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

(٣) ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٥٢ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٣ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٠٢ تقسم حتما مصاريف العقـــد ونفقاته القانونية بين المتقايضين ، ما لم يكن هنـــاك اتفـــاق آخر بينهمـــا . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٥٢٣ : مصروفات عقـــد المقايضـــة ورســـوم التسجيل وغير ذلك من النفقات يتحملها المتقايضـــان مناصفة مالم يتفق على غير ذلك . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٥٥٥ : مصروفات عقد المقايضة ونفقات التسليم وما ماثلها تكون مناصفة بين طرفى العقد مالم يتفق على غير ذلك . (وحـــكم هذا النص يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى) .

بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسـوم التسـجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق فى القيمة بين البدلين وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضى بغيره (٤) .

---

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون فى المقايضة من معـدل ، فنفقـات المعدل تضم الى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويذهب أوبرى ورو الى جعل نفقات المعدل على الملتزم به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١٦) .

(٢) وهى أقل فى المقايضة منها فى البيع (وكانت من قبل ٢٪ ثم ارتفعت الى ٣٪) . واذا تفاوت البدلان فى القيمة ، كان العقار الاكبر قيمة هو المعتبر لتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥) . واذا كانت المقايضة حقيقتها بيع . كأن اشترى شخص مزرعة بمبلغ ١٠٠٠٠٠ دفع منه نقدا ٩٤٠٠٠ ومنزلا قيمته ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بوجوب دفـع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلاهما مبيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ — ١٢ ابريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١) . وهناك أحكام أخرى ، ومنها حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة ، قضت بجعل الرسوم على أعلى العقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩) .

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبل الاتفاق على معدل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصـدد : « وتجعل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيدى) مصروفات عقـد المقايضـة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طبيعى لأن كلا منهما يعتبر مشتريا لما قايض عليه . ويجوز الاتفاق على غير ذلك » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩) .

فهـــرس

لمشتملات الكتاب

صفحة

تمهيـــــــد

العقود المسماة وتقسيماتها المختلفة

الباب الاول

عقد البيع

مقـدمة

صفحة

الفصل الاول ـ أركان البيع

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى ـ الآثار التى تترتب على البيع

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

عقد المقايضة

رقم الايداع
١٩٨٥/٧٤٩٣